



FACULDADE DE DIREITO

**“O CONCEITO DE ESTABELECIMENTO ESTÁVEL PÓS-BEPS”**

TESE PARA A OBTENÇÃO DE GRAU DE MESTRE

**Ekaterina Sigareva**

Mestrado em Direito e Prática Jurídica  
Especialidade de Direito Financeiro e Fiscal

Julho, 2020.



FACULDADE DE DIREITO

**“O CONCEITO DE ESTABELECIMENTO ESTÁVEL PÓS-BEPS”**

TESE PARA A OBTENÇÃO DE GRAU DE MESTRE

Sob orientação do Professor Doutor Gustavo Lopes Courinha

Ekaterina D. Sigareva

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade de Direito Financeiro e Fiscal

Julho, 2020.

*A criação desta Tese não seria possível sem a preciosa ajuda e apoio dos meus Pais, paciência e compreensão da minha indisponibilidade por parte dos meus Irmãos e completo e indiscutível mérito, apoio e tempo do meu João.*

*A vós, tudo vós devo.*

## **Sumário**

A presente Tese procura estudar o conceito de estabelecimento estável na sua dimensão estática e na sua articulação com a realidade atualmente vivida.

O conceito de estabelecimento estável é um conceito secular ao qual tem sido atribuída uma significativa importância na distribuição de competências tributárias internacionais. No entanto, devido à globalização e divulgação da economia eletrónica e digital, a realidade em que o conceito operava, mudou.

Baseando-se na ideia de presença física no Estado da fonte, o conceito em causa foi objeto de alterações no âmbito do Projeto BEPS, sobretudo no que toca a atividades preparatórias e auxiliares, de forma a prevenir abusos com recurso a este.

Por outro lado, o estabelecimento estável na sua vertente tradicional está a ser escrutinado na arena fiscal mundial. A discussão atual baseia-se não só em torno do conceito em si, mas em torno do conceito denexo de presença física pois procura-se a conciliação do sistema fiscal existente com a nova realidade de tributação digital, baseada na ausência de presença física, o que pode entrar em conflito com a realidade subjacente ao estabelecimento estável.

Assim, achamos interessante analisar as alterações ao conceito de estabelecimento estável no âmbito do Projeto BEPS e analisar, em termos breves, esta nova realidade, até porque alterações ao conceito denexo poderão implicar mudanças muito significativas para o conceito de estabelecimento estável.

**Palavras chave:** Estabelecimento Estável, CMOCDE, Projeto BEPS, tributação digital

## **Abstract**

This thesis studies the concept of permanent establishment in its static dimension and in its articulation with the currently experienced reality.

The concept of permanent establishment has a secular history and has a significant importance in the distribution of international tax competencies. However, due to globalization and the spread of the electronic and digital economy, the reality in which the concept has always operated has changed.

Based on the idea of physical presence in the State of the source, the concept of permanent establishment was, however, subject to changes by the BEPS Project, especially in regard to preparatory and auxiliary activities, in order to prevent abuses with recourse to it.

On the other hand, the permanent establishment in its traditional dimension is currently being scrutinized in the global tax arena. The discussion is based not only around the concept itself, but also around the concept of *nexus* based on physical presence because it seeks the conciliation of the existing tax system with the new reality of digital taxation. This phenomenon is based on the absence of physical presence, which may conflict with the reality underlying the permanent establishment.

Therefore, we find it interesting to analyse the changes to the concept of permanent establishment in the scope of the BEPS Project and to study, in brief terms, this new reality, also because changes to the concept of *nexus* may imply very significant changes to the concept of permanent establishment itself.

**Key-words:** Permanent Establishment, Model Tax Convention, Project BEPS, digital tax.

## ÍNDICE

<b>Capítulo I – Introdutório .....</b>	<b>pág. 1</b>
1.1 Objeto da pesquisa e estrutura da tese .....	pág. 1
1.2 Delimitação.....	pág. 2
1.3 Metodologia .....	pág. 2
<b>Capítulo II – Os princípios estruturantes aplicáveis ao estabelecimento estável .....</b>	<b>pág. 3</b>
2.1 Introdução – os princípios basilares de Direito Fiscal Internacional.....	pág. 3
2.2 O princípio de estabelecimento estável .....	pág. 7
2.3 Estabelecimento estável na qualidade de requisito de permissão de tributação pelo Estado da fonte .....	pág. 8
2.4 Estabelecimento estável como pressuposto mínimo para tributação.....	pág. 10
2.5 O princípio de entidade funcionalmente distinta .....	pág. 12
2.6 Princípio da força atrativa do estabelecimento estável.....	pág. 13
<b>Capítulo III – Breve história do conceito de estabelecimento estável.....</b>	<b>pág. 15</b>
<b>Capítulo IV – O conceito estático de estabelecimento estável (real).....</b>	<b>pág. 18</b>
4.1 O estabelecimento estável na Convenção Modelo da OCDE.....	pág. 18
4.2 Estabelecimento estável real.....	pág. 19
4.2.1 A dimensão físico-geográfica .....	pág. 20
4.2.2 A dimensão temporal .....	pág. 22
4.2.3 Exercício de atividade através do estabelecimento estável .....	pág. 25
4.3 A lista positiva do artigo 5.º/2 CMOCDE .....	pág. 26
4.4 A lista negativa do artigo 5.º/4 CMOCDE .....	pág. 27
4.5 O caso especial do estaleiro de construção.....	pág. 29
4.6 Questão relativa a grupos de empresas .....	pág. 34
<b>Capítulo V - O estabelecimento estável no direito nacional .....</b>	<b>pág. 38</b>
5.1 Estabelecimento estável real.....	pág. 38
5.2 O conceito nacional em comparação com a nova redação proposta pela CMOCDE 2017 .....	pág. 41
5.3 Estabelecimento estável de empresas portuguesas situado fora do território nacional .....	pág. 43
5.4 Estabelecimento estável de empresas estrangeiras situado em território nacional .....	pág. 44
<b>Capítulo VI – O estabelecimento estável no contexto do Direito Europeu .....</b>	<b>pág. 45</b>

6.1 Regulamentação .....	pág. 48
6.2 Harmonização por via de diretivas .....	pág. 49
6.3 Harmonização por via da jurisprudência do TJUE.....	pág. 51
<b>Capítulo VII – Economia Digital e a sua presença</b>	
<b>atual no mundo fiscal .....</b>	<b>pág. 53</b>
7.1 Introdução .....	pág. 53
7.2 A globalização .....	pág. 54
7.3 A globalização económica.....	pág. 54
7.4 O comércio eletrónico e digital .....	pág. 56
7.5 Visão da OCDE .....	pág. 58
<b>Capítulo VIII – As alterações mais recentes ao conceito de</b>	
<b>estabelecimento estável .....</b>	<b>pág. 61</b>
8.1 Introdução .....	pág. 61
8.2 O estabelecimento estável no contexto do comércio automatizado .....	pág. 62
8.3 O estabelecimento estável no contexto de comércio eletrónico .....	pág. 63
8.4 O estabelecimento estável com as alterações introduzidas pelo	
Projeto BEPS .....	pág. 65
8.4.1 As alterações no âmbito de artigo 5.º/4 CMOCDE.....	pág. 66
8.4.2 O novo artigo 5.º/4.1 CMOCDE .....	pág. 69
8.4.3 O artigo 5.º/8 CMOCDE .....	pág. 70
8.4.4 Críticas e conclusões internas .....	pág. 71
8.5 O estabelecimento estável no Instrumento Multilateral .....	pág. 75
<b>Capítulo IX – O futuro do conceito de estabelecimento</b>	
<b>estável - a discussão mais recente no seio da comunidade</b>	
<b>fiscal mundial em torno do nexo de presença física .....</b>	<b>pág. 81</b>
9.1. Introdução .....	pág. 81
9.2 Posição da OCDE e as propostas atuais .....	pág. 83
9.3 Iniciativa Europeia – Proposta de Diretivas .....	pág. 87
9.4 A proposta de “Abordagem Unificada” e a sua ligação com o conceito de	
estabelecimento estável .....	pág. 90
9.4.1 Pilar 1 .....	pág. 91
9.4.1.1 Valor A .....	pág. 91
9.4.1.2 Valor B.....	pág. 93
9.4.1.3 Valor C.....	pág. 93
9.4.2 Críticas à “Abordagem Unificada” e a aplicação de novos métodos .....	pág. 94

9.4.3 A ligação da nova proposta com estabelecimento estável no sentido tradicional .....	pág. 96
<b>Capítulo X – Conclusões finais.....</b>	<b>pág. 98</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>pág. 102</b>
Documentos da OCDE .....	pág. 111
Legislação consultada <i>online</i> .....	pág. 112



## ABREVIATURAS UTILIZADAS

§	Parágrafo
Ação 1	Ação 1 do Projeto BEPS
Ação 7	Ação 7 do Projeto BEPS
Artigo 5.º	Artigo 5.º da Convenção Modelo da OCDE
Artigo 7.º	Artigo 7.º da Convenção Modelo da OCDE
BEPS	Sigla inglesa para <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> – Erosão de Bases e Transferência de Lucros
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE ( <i>OECD Model Tax Convention On Income and Capital (Condensed Version)</i> , 21 November 2017)
CIRS	Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CIRC	Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
EE	Estabelecimento Estável
EEU	Espaço Económico Europeu
IML	Instrumento Multilateral
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Pág.	Página
TJUE	Tribunal de Justiça de União Europeia
UE	União Europeia
Modelo das NU	Convenção Modelo das Nações Unidas ( <i>United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries</i> )
Modelo dos EUA	Convenção Modelo dos Estados Unidos ( <i>United States Model Income Tax Convention</i> )

## Capítulo I - Introdução

### 1.1 Objeto da pesquisa e estrutura da tese

*“Most stuff from the 1920s sits in the museums – the exception is the international tax regime”*<sup>1</sup>.

Tendo em conta a constante evolução do sistema fiscal internacional e as discussões globais acerca das novas alterações propostas e a sua aparente incompatibilidade com o sistema fiscal secular como nós o conhecemos, torna-se essencial acompanhar estas alterações.

O conceito de EE é um dos conceitos mais basilares que existe no sistema fiscal internacional, cuja importância traduz-se na possibilidade de completa alteração do quadro de distribuição de competências entre os Estados envolvidos.

Por outro lado, o conceito de EE baseia-se num critério de presença física, que, segundo alguma doutrina, está desatualizado e precisa de ser abandonado em prol de dar resposta às novas realidades. Deixando de lado a importância dos conceitos de residência e fonte, que nem sequer estão postos em causa por si, somente o seu âmbito de aplicação, o conceito de EE vê-se em perigo de sofrer uma alteração profunda. Com a presente tese, procuramos fazer uma explicação o mais completa possível sobre o conceito de EE em direito fiscal internacional, quais são as alterações mais recentes na conjuntura mundial (que colocaram novos desafios à utilização do mesmo) e como o mundo fiscal procura dar resposta a estes problemas em tempo real.

Assim, no segundo capítulo tencionamos fazer uma breve introdução aos princípios que servem de pedra basilar ao Direito Fiscal Internacional; no terceiro capítulo faremos breve resumo da história do EE, no quarto analisaremos o conceito estático de EE real; no quinto analisaremos o conceito nacional de EE; no sexto analisaremos o EE no contexto europeu; no sétimo abordaremos o “inimigo” mais recente do sistema fiscal tradicional – a economia eletrónica e digital na sequência da globalização; no oitavo analisaremos as razões pelas quais o sistema fiscal enfrenta dificuldades de dar resposta breve e eficiente aos problemas atuais - neste capítulo falaremos, ainda, do conceito de EE no plano de comércio eletrónico e as propostas relativas ao EE digital; no nono capítulo procuraremos fazer uma breve contextualização do panorama atual que se encontra em discussão –

---

<sup>1</sup> Maarten Floris de Wilde, – *“Sharing the Pie – Taxing Multinationals in a Global Market”* 2015, pág. 3.

desde o projeto BEPS até às mais recentes discussões no âmbito de adoção das políticas do Pilar 1; finalmente, no capítulo décimo, procuraremos dar as nossas conclusões.

## **1.2 Delimitação**

Na presente tese, tendo em conta os limites estabelecidos pelo Regulamento de Mestrado atualmente em vigor, procurarei delimitar a minha análise somente ao EE real, deixando assim de analisar o EE na sua vertente pessoal.

Não iremos, igualmente, abordar as disposições constantes da Convenção Modelo das NU ou Modelo dos EUA. Consideramos que estes são os documentos que seguem de perto as disposições constantes da Convenção Modelo de OCDE (doravante CMOCDE); além disso, o Projeto BEPS propôs várias alterações, inclusive no âmbito da CMOCDE, mas não para a Convenção Modelo das NU ou à Convenção dos EUA.

Por outro lado, não iremos abordar todas as propostas da OCDE no que toca à alteração profunda e repensada do sistema fiscal internacional, focando-se apenas naquelas que dizem respeito ao EE. Desta maneira, deixaremos de lado, por exemplo, todas as Ações, exceto a 1.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> e 15.<sup>a</sup> e a proposta do Pilar 2, focando-se apenas na análise breve do Pilar 1, pois o mesmo trata de matérias diretamente relacionadas com o EE na sua vertente clássica.

## **1.3 Metodologia**

A presente tese não procura revolucionar o mundo fiscal com uma solução paradigmática – a autora desta tese entende que não possui conhecimentos práticos indispensáveis para o efeito. Assim, procura-se fazer uma compilação de informações disponíveis relativamente aos EE's, sustentando as posições com diversa doutrina atual que em tempo real, se pronuncia sobre todas as alterações propostas e discussões que têm lugar na arena fiscal mundial.

No decorrer da narrativa, tencionamos dar a nossa opinião relativamente a todas as alterações de que o EE é e poderá vir a ser alvo.

Tendo em conta que o assunto se encontra em constante discussão, que está acesa como nunca no seio da comunidade fiscal, adverte-se, desde já, que desde a entrega da presente tese até à respetiva defesa, as matérias constantes em alguns dos pontos da mesma poderão ficar desatualizadas.

## Capítulo II – Os princípios estruturantes aplicáveis ao estabelecimento estável

### 2.1 Introdução – os princípios basilares de Direito Fiscal Internacional

O Direito Fiscal incide na regulação da relação jurídica pública que se estabelece entre os sujeitos que manifestam riqueza e, devido a isto, têm obrigações materiais ou formais relacionadas com os tributos<sup>2</sup> e o Estado, pois, atualmente, uma das principais formas de financiamento dos Estados passa precisamente pela cobrança desses tributos<sup>3</sup>. A relação que se estabelece entre os sujeitos passivos e a jurisdição, baseada na soberania fiscal<sup>4</sup>, pode ser justificada por diversas razões, como, por exemplo, por razões de utilização dos serviços que o Estado oferece aos seus cidadãos<sup>5</sup>. Por outro lado, quando este nexo entre o sujeito e a jurisdição é estabelecido<sup>6</sup>, os impostos são devidos com respeito pelo princípio da capacidade económica, por um lado, e na medida da proporcionalidade e progressividade por outro, pois a tributação não pode ser arbitrária.

É prática comum na maioria dos Estados a utilização dos conceitos de residência e fonte, seguindo a teoria de pertença económica<sup>7</sup>. O conceito de Estado da residência significa que está em causa o Estado onde o sujeito passivo é residente<sup>8</sup>, ao passo que o conceito

---

<sup>2</sup> Ana Paula Dourado – “*Direito Fiscal. Lições*”, Edições Almedina, 2015, pág. 20.

<sup>3</sup> Que são, por sua vez, “receitas criadas pelo Estado ou outras entidades públicas para a satisfação de necessidades públicas, e sem função sancionatória” – cfr. Ana Paula Dourado, *Manual...*, pág. 34.

<sup>4</sup> Miguel Reale entende que a soberania estadual passa por “poder organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro do seu território a universalidade das suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” – cfr. Miguel Reale *Teoria do direito e do Estado*, Edição São Paulo, 1969, 2ª Edição, pág. 127. Por sua vez, a soberania fiscal é encarada como uma das faces da soberania estatal, o que justifica a pretensão do Estado em tributar os seus residentes (aquilo que chamamos de “jurisdiction to tax”).

<sup>5</sup> Esta é a chamada teoria de benefícios (justificada, por exemplo, por Hans Wille - cfr. Hans G. Wille - “*The OECD’s “Unified Approach”: Should Priority Be Given to Pillar Two?*” in International Tax Notes, dezembro 16, 2019. pág. 1020). Porém, não só esta teoria justifica as pretensões jurídicas de soberania dos Estados (tanto de fonte como de residência) de tributar – o princípio de equidade, eficiência económica ou neutralidade, que por sua vez subdivide-se em neutralidade de importação de capitais e de exportação de capitais também são frequentemente usadas para justificar a soberania fiscal. Podemos, sem aprofundar muito, tomar como provado o facto que à partida, o conceito de “jurisdiction to tax” baseia-se, sobretudo, nos princípios de equidade e neutralidade.

<sup>6</sup> Que pode tanto ser em função da ligação do sujeito com o território (nexo subjetivo), em função da ligação do rendimento com o território (nexo objetivo) ou de uma combinação dos dois, que na opinião de Rita Calçada Pires, é o mais ideal - cfr. “*Manual de Direito Internacional Fiscal*”, Edições Almedina, Reimpressão, abril 2018, pág. 113.

<sup>7</sup> A este respeito entende Rita Calçada Pires que podemos ter duas pretensões que permitem justificar a existência deste *nexus* e, como consequência, atribuir aos Estados pretensão tributária. Assim, por um lado podemos distinguir “entre a pertença política e a pertença económica. (...) Ao apelar-se à pertença política, estar-se-á a invocar a nacionalidade como critério relevante. Já se a pertença económica for o elemento invocado, então ou se recorre ao seu elemento pessoal (...) ou ao seu elemento real (...)” – cfr. Rita Calçada Pires, *Manual...*, pág. 52.

<sup>8</sup> No ordenamento jurídico português, para ser considerado, basta passar em Portugal 183 dias por ano, independentemente da nacionalidade do sujeito passivo, conforme indica o artigo 16º, n.º 1, al. a) do Código de IRS.

de Estado da fonte subentende o Estado onde o residente auferir os seus rendimentos<sup>9</sup>, que tanto pode ser coincidente com o Estado da residência, como pode ser um país diferente do mesmo.

Pese embora Alberto Xavier referir que a soberania fiscal tem duas vertentes – “uma pessoal (baseada na nacionalidade) e outra territorial (baseada no território)”<sup>10</sup>, a vertente pessoal, baseada no conceito de nacionalidade, não é muito fiável para dar resposta ao problema sensível que é o combate à dupla tributação, daí que este critério é raramente usado no âmbito do direito fiscal internacional e tem um papel secundário face aos primeiros<sup>11</sup>. Tal visão é confirmada pela numerosa jurisprudência europeia neste sentido<sup>12</sup>.

Os sistemas tributários podem seguir um de dois modelos: princípio universal e princípio territorial. O princípio universal consagra a ideia de que no quadro legislativo nacional, um Estado pode tributar os seus residentes pelos rendimentos por estes obtidos, sejam estes rendimentos produzidos fora ou dentro do referido Estado da residência. Já o princípio territorial apela à ideia que só será tributado o rendimento produzido naquele Estado, independentemente do que for obtido em qualquer outro Estado.

Pese embora existirem apenas dois modelos de tributação, nem todos os ordenamentos jurídicos fiscais oferecem as mesmas soluções de tributação de forma a garantir a tributação do sujeito passivo de forma justa e igual.<sup>13</sup> Assim, não será rara a vez em que, sobre o mesmo rendimento do mesmo sujeito, recairá mais que uma pretensão jurídica de tributar, completamente justificada, porém pretendente a retirar mais que uma parte do rendimento do sujeito passivo.

---

<sup>9</sup> O Estado da fonte tanto pode ser fonte de produção em sentido económico como fonte de rendimento financeiro.

<sup>10</sup> Alberto Xavier, “*Direito Tributário Internacional*”, Almedina, 2009, 2ª Edição Atualizada, Reimpressão, pág. 22.

<sup>11</sup> São raros os Estados que ainda usam este critério para tributar os seus cidadãos. Um exemplo atual disto são os Estados Unidos da América que utilizam este critério para garantir tributação de nacionais, independentemente de os mesmos residirem ou não nos EUA. A justificação para este tipo de tributação passa, sobretudo, pelas razões de prestação de missões diplomáticas que servem a favor dos cidadãos americanos residentes no Estado em que a missão diplomática tem lugar.

<sup>12</sup> Sobre os casos Biehl (c175/88), Werner (c112/91), Gilly (c339/96), sendo o acórdão Schumacher (c-279/93) o mais revolucionário de todos, pois pela primeira vez o TJUE não fala de nacionalidade e o caso é resolvido sendo o Sr. Schumacher tratado num plano de contraposição entre residente e não residente e não num plano de nacional vs. não nacional.

<sup>13</sup> Pese embora existirem estes dois sistemas, normalmente os Estados adotam versões mistas, o que permite que sejam verificadas algumas discrepâncias e incoerências nas soluções entre os sistemas de tributação de dois ou mais Estados envolvidos.

Dáí que, o Direito Fiscal Internacional surge como uma solução harmonizadora que regula as pretensões tributárias que nascem no âmbito da soberania dos Estados. Procura atingir justiça na tributação do indivíduo, de forma a evitar o fenómeno de dupla tributação.

Este fenómeno é descrito por Alberto Xavier<sup>14</sup> como um concurso de normas que se baseiam numa identidade de facto, que assenta, no seu geral, numa cumulação de 4 elementos<sup>15</sup>:

- i) Identidade do objeto – trata-se de um rendimento;
- ii) Identidade do sujeito – este rendimento pertence ao mesmo sujeito passivo;
- iii) Identidade do período tributário – este rendimento foi obtido pelo sujeito passivo num período do tempo;
- iv) Que é objeto de duas pretensões de tributação no âmbito do imposto de natureza similar por parte de dois ordenamentos diferentes – trata-se da identidade do imposto<sup>16</sup>, sendo que esta pode tanto ser a nível doméstico, como a nível internacional.

Por outro lado, a dupla tributação pode ser tanto jurídica como económica. A dupla tributação jurídica passa pela verificação de todos os critérios *supra* identificados, ao passo que a dupla tributação económica diverge no que toca à identidade do sujeito, que no caso de tributação económica não coincide na mesma pessoa.

Seja como for, ambas as variedades de dupla tributação produzem efeitos negativos no comércio, prestação de serviços, aferimento de lucros e capitais e podem, inclusive, levar ao aumento do recurso a mecanismos de abuso fiscal e planeamento fiscal agressivo.

A eliminação deste fenómeno pode ser atingida de formas diversas: por um lado, os Estados podem optar por estabelecer disposições na legislação interna que permitam aliviar a carga fiscal. Porém, tais medidas podem ser criticadas em virtude da sua falta de precisão e possível divergência entre as classificações ou regras internas estabelecidas

---

<sup>14</sup> Não só por este autor, pois muita doutrina baseou-se nos estudos dos Professores Spitaler e Guggenheim para formular a mesma ideia.

<sup>15</sup> Regra de 4 entidades – Alberto Xavier, *Direito ...*, pág. 33.

<sup>16</sup> Compreendemos, porém, que não fará justiça a um tema tão debatido aprofundar o estudo de todas as teorias que compõem a dogmática da regra de 4 unidades nestas páginas, pelo que limitámo-nos a aceitar como um dado adquirido que na base do problema da dupla tributação reside esta regra de identidade de quatro realidades.

pelo outro Estado envolvido, o que poderá gerar soluções menos justas, incompatíveis ou levar à dupla não tributação.

Por outro lado, a eliminação deste fenómeno pode ser atingida através da cooperação entre Estados. Assim, tendo em conta o aumento crescente de situações que envolviam as pretensões tributárias de mais que uma jurisdição, foram propostas iniciativas de estudo de forma a determinar a melhor maneira de eliminar este problema. Em 1920, a Liga das Nações encarregou uma equipa de Economistas<sup>17</sup> de criar e apresentar aquilo, que nós conhecemos hoje como sistema fiscal internacional. Este sistema teve e tem o objetivo de eliminar a dupla tributação e contém regras uniformes de resolução de conflitos positivos entre as regras de distribuição de competência entre os Estados.

Estas regras traduzem por si dois mecanismos, cuja utilização permite aliviar a carga fiscal dupla que recai sobre o mesmo rendimento do sujeito passivo.

Assim, o método de isenção permite ao Estado da residência não considerar, para efeitos de tributação, os montantes originários de outro Estado (e lá, como consequência, tributados). Esta isenção pode ser total, em que o rendimento obtido no Estado da fonte não é de todo atendido pela residência para efeitos de cálculo do imposto ou parcial, em que o rendimento obtido no Estado da fonte é considerado pelo Estado da residência, mas não tributado.<sup>18</sup>

Já o método de crédito permite ao Estado da residência considerar, para efeitos de tributação interna, os montantes obtidos no Estado da fonte, porém, dos montantes que irão ser tributados na residência deduzem-se os valores já pagos a título de imposto no Estado da fonte. Este crédito pode ser total, onde o Estado da residência permite a dedução completa do imposto pago na fonte; ou parcial, em que a residência só permite a dedução do valor equivalente ao imposto que seria pago sobre o mesmo valor de rendimento, mas na residência<sup>19</sup>. Notam os Comentários que a principal diferença baseia-se no facto de que o método de isenção considera o montante de rendimento, ao passo que o método de crédito opera com base no imposto já pago<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Grupo de economistas, composto pelos Professores Gijsbert Bruins (Universidade de Roterdão), Luigi Einaudi (Universidade de Turim), Edwin Seligman (Universidade de Columbia) e Josiah Stamp (Universidade de Londres).

<sup>18</sup> § 13 e 14, pág. 382 da OCDE – “*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*”.

<sup>19</sup> § 15 e 16, pág. 383, *Model Tax Convention...*

<sup>20</sup> § 17, pág. 383, *Model Tax Convention...*

Por sua vez, estes mecanismos para evitar a dupla tributação são eliminados através da aplicação de convenções, celebradas entre os Estados de forma a determinar a distribuição de competências tributárias entre as partes envolvidas<sup>21</sup>. Nota Gustavo Courinha que o verdadeiro desenvolvimento do Direito fiscal internacional se deu de forma gradual, acompanhando a expansão da rede de convenções de dupla tributação portuguesa, sendo que é com a celebração da convenção de dupla tributação entre Portugal e Estados Unidos da América que se deu um momento histórico e “*simbólico*”<sup>22</sup>.

Estas convenções, por regra, são convenções bilaterais<sup>23</sup> e a maioria destas convenções segue o padrão de CMOCDE<sup>24</sup> ou Convenção das NU, que foram criadas em resultado desta exigência de harmonização e unanimidade do sistema fiscal internacional. Estas convenções não possuem natureza de convenção internacional, sendo apenas convenções-tipo, que não passam de meras recomendações<sup>25</sup> - “*soft law*”.

## 2.2 O princípio de estabelecimento estável

O EE surgiu no séc. XIX como resposta à crescente mobilidade de sujeitos passivos sujeitos a impostos e às pretensões contraditórias do Estado da residência e Estado da fonte de tributar o rendimento obtido pelo não residente na sua totalidade<sup>26</sup>.

Assim, a internacionalização económica levou a que cada vez mais agentes sentissem a necessidade de expandir as suas fronteiras, conquistando outros mercados que não os

---

<sup>21</sup> A doutrina fiscal concorda que se trata de verdadeiro Direito Internacional Público, que observa todas as regras e trâmites do mesmo, gozando das mesmas prioridades hierárquicas, sendo que as convenções bilaterais celebradas entre os Estados são Tratados internacionais solenes. Devido à importância das suas matérias, estes tratados são sujeitos a aprovação e autorização do Parlamento e Assembleia da maioria dos países e são instrumentos de direito internacional público aos quais se aplicam as Regras da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados para resolução de todos os problemas interpretativos.

<sup>22</sup> Gustavo Courinha – *Interpretação e aplicação das convenções de dupla tributação – evoluções recentes*, Estudos de Direito Fiscal Internacional, AAFDL, 2015 pág. 7.

<sup>23</sup> Há, porém, algumas exceções, como, por exemplo, o tratado dos Estados Nórdicos, a convenção das Caraíbas, a convenção Andina e a convenção do Sudeste Asiático. Nota Garcia Antón que estes podem ser considerados acordos locais, cujo sucesso é explicado através de similaridade dos sistemas fiscais e dos interesses económicos a perseguir. - cfr. Garcia Antón – *The 21st Century Multilateralism in International Taxation: The Emperor's New Clothes?*, World Tax Journal, junho 2016, pág. 172.

<sup>24</sup> A importância da CMOCDE merece o devido reconhecimento, sendo o modelo com maior adesão por parte dos Estados. Na nossa opinião, trata-se de uma obra de arte, pois a mesma constitui um verdadeiro exemplo de “trabalho de equipa” das comunidades mundiais realizado pela OCDE, sendo que não só é usado como Modelo para as Convenções a celebrar entre os Estados que sejam parte da OCDE, mas também como padrão a seguir pelos países que não façam parte da OCDE, o que mostra o impacto da mesma no mundo fiscal desde o séc. XX.

Por outro lado, a presente análise coloca tanto ênfase na CMOCDE pura e simplesmente porque as convenções bilaterais celebradas por Portugal obedecem ao padrão recomendado pela mesma.

<sup>25</sup> Alberto Xavier – *Direito...*, pág. 99.

<sup>26</sup> Luís Menezes Leitão – *O Conceito de EE na Tributação do Rendimento*, in Estudos de Direito Fiscal, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 138.



nacionais. A empresa que pretende conquistar novo público alvo e novos mercados, tem várias opções a considerar:

- Criar uma entidade nova, com personalidade e capacidade jurídicas próprias, sujeita à lei doméstica do Estado visado e classificada, então, como residente naquele Estado;
- Juntar-se com uma entidade que já existe no Estado cuja conquista económica pretende-se, seja através da aquisição dessa entidade, seja através de fusão com a mesma<sup>27</sup>;
- Exercer atividades de curta duração que permitem evitar a presença significativa da empresa naquele Estado; e
- Criar um estabelecimento estável.

Nota Pedro Catarino que a opção que podemos considerar ser a mais seguida, passa pela criação de uma nova entidade, seja ela dotada de personalidade jurídica própria, seja ela completamente dependente da entidade-parente.

### **2.3 Estabelecimento estável na qualidade de requisito de permissão de tributação pelo Estado da fonte**

A distribuição de competências de tributação opera entre o Estado da residência e o Estado da fonte<sup>28</sup>, desde que haja um *nexus* ou uma ligação que justifica essas pretensões de tributação. Este *nexus* que permite, sobretudo, a ligação entre os rendimentos gerados e obtidos na jurisdição da fonte, pode ser mais ou menos abrangente e pode incluir mais ou menos realidades geradoras de rendimento e tipos de rendimento que justificarão as pretensões tributárias daquela. Desta maneira, o EE, permite garantir o balanço necessário entre as pretensões do Estado da fonte, garantidas pelo princípio da territorialidade e Estado da residência, que aplica, normalmente, o princípio da universalidade aos rendimentos dos seus residentes.

---

<sup>27</sup> Opção proposta por Pedro Catarino - *A erosão do conceito de EE num contexto de globalização económica e digital*, tese de Mestrado submetida para avaliação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2014, pág. 38.

<sup>28</sup> Dale Pinto – *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, Bulletin for International Taxation, vol. 60, n.º 7, 2006, pág. 266 e ss. No mesmo sentido veja-se Ekkehart Reimer – *Article 5, Permanent Establishment*, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Vol 2, 4ª Edição, Ekkehart Reimer & Alexander Rust (eds.), Kluwer Law International, 2015.

Paula Pereira<sup>29</sup> destaca o princípio autónomo de EE, contrapondo o mesmo aos princípios de fonte e de residência, o que, na nossa opinião, prova que o mesmo não é apenas acessório aos princípios basilares do sistema. Este princípio é caracterizado de acordo com a essência do EE *per se* – trata-se de situações em que a competência exclusiva de tributação dos rendimentos pelo Estado da residência é limitada pela pretensão de tributação cumulativa, criada na esfera do Estado da fonte, sendo a mesma justificada pelo facto de que os rendimentos em causa ascendem neste Estado – “nesta medida, o princípio de EE constitui uma concessão ao princípio de fonte, evitando o reconhecimento de competência exclusiva para a tributação dos lucros ao Estado do qual as empresas são residentes”<sup>30</sup>.

Porém, nem tudo aquilo que é rendimento obtido naquele Estado pode ser compreendido como tributável – assim, os Estados podem optar por políticas fiscais onde certos rendimentos serão tributados somente se certos pressupostos mínimos (como, por exemplo, a existência de um EE) estiverem preenchidos, conforme nota Brian Arnold<sup>31</sup>. O mesmo autor considera, porém, que não podemos concluir que o próprio facto de que há mais do que um Estado a pretender tributar, só por si opera como pressuposto mínimo<sup>32</sup>. Faz-se assim uma distinção entre a existência do Estado da fonte com exigências tributárias a que temos de atender num caso concreto e o preenchimento de certos limites dentro daquele Estado da fonte que permitem a justa tributação.

Partilhamos da mesma opinião, pois caso considerássemos que o próprio Estado da fonte por si opera como limite mínimo, qualquer pretensão do Estado da fonte seria justificável, o que poderia, inclusive, tornar inúteis todas as disposições que regulam as competências cumulativas na CMOCDE – bastava verificar a existência do Estado da fonte com pretensões válidas de tributação e o resultado seria sempre previsível – o Estado da fonte tributa, o Estado da residência isenta ou credita o imposto.

---

<sup>29</sup> Paula Rosado Pereira – *O Papel do Estabelecimento Estável no Direito Fiscal Internacional*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 573. No mesmo sentido, esta autora pronuncia-se na sua tese de Doutoramento intitulada *Princípios do direito fiscal internacional: do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, Coimbra, 2010 - nesta medida, esta autora defende que se trata “de uma formulação restrita do princípio da fonte (...) e concessão ao princípio da residência” cfr. pág. 133 e ss.

<sup>30</sup> Paula Rosado Pereira – *O Papel...*, pág. 574.

<sup>31</sup> Brian Arnold – “*Time Thresholds in Tax Treaties*”, Bulletin for International Taxation, 2008, pág. 218.

<sup>32</sup> Idem, pág. 218.

Assim, podemos concluir que nem sempre a pura existência de rendimento obtido fora do Estado da residência justifica *per se* a necessidade de tributação.

## **2.4 Estabelecimento estável como pressuposto mínimo para tributação**

Conforme tivemos oportunidade de referir *supra*, nem todas as opções disponíveis para se instalar no território de outro Estado criam automaticamente um EE. O EE apresenta-se, assim, como um conjunto de pressupostos que precisam de ser preenchidos para podermos concluir pela existência deste naquele território. Porém, conforme vimos, o preenchimento destes limites é crucial, dependendo da correta execução não só os poderes tributários do Estado da fonte, mas também a salvaguarda do princípio de evitar a dupla tributação internacional.

Walter Hellerstein nota que o conceito de nexo que é exigido para o Estado da fonte ver as suas pretensões tributárias satisfeitas no que toca aos não residentes, historicamente estava associado ao conceito de presença física<sup>33</sup>. Pelo reconhecimento da importância deste nexo, o conceito de EE sempre se afigurou como a concretização mais essencial do nexo de presença física, cuja correta verificação de existência conclui pela alteração da distribuição de competências tributárias.

Vejamos:

O artigo 7.º da CMOCDE, cujo principal objetivo é delimitar as pretensões dos Estados quando esteja em causa a tributação dos rendimentos empresariais, consagra, então, esta lógica de delimitação das competências, onde a regra base passa pela atribuição de competência tributária exclusiva ao Estado da residência<sup>34</sup>. Porém, estabelece a segunda parte do artigo 7.º/1, que tal permissão exclusiva de tributação será posta em causa se no Estado da fonte existir um EE. O EE apresenta-se, assim, como o limite mínimo, que, quando preenchido, garantirá ao Estado da fonte tributação dos rendimentos do empresário não-residente<sup>35</sup> numa lógica de competência cumulativa de tributação pelo Estado da residência e fonte, cabendo ao Estado da residência aliviar a carga fiscal através

---

<sup>33</sup> Walter Hellerstein – “*Reflections on the Cross-Border Tax Challenges Of The Digital Economy*”, Tax Notes International, novembro, nº 25, 2019, pág. 617. Importa, porém, referir Dale Pinto – *The Need...*, que sumariza bem todas as teorias que justificam que o EE seja um limite crucial de atribuição de competências tributárias.

<sup>34</sup> Esta lógica historicamente foi muito criticada pelos países em desenvolvimento, conforme será discutido melhor infra, no Capítulo V.

<sup>35</sup> Notam os Comentários que é um reflexo do consenso internacional que só com a existência de EE é que a empresa / empresário criam uma ligação suficiente com o Estado da fonte que permita a tributação – cfr. § 11 ao artigo 7.º, pág. 175 da *Model Tax Convention*.

dos métodos de isenção ou de crédito. Assim, nota Brian Arnold que “o conceito de EE é, obviamente, o pressuposto mais importante para a tributação dos rendimentos por parte do Estado da fonte”<sup>36</sup>, pois dada a correta identificação da existência de EE, haverá uma completa alteração do tecido de distribuição de competências. (tradução livre nossa).

A falta de existência deste conceito manifestava uma incompletude e desigualdade no tratamento entre os residentes e os não residentes – se um sujeito passivo tem possibilidade, reconhecida pelo Estado, para se instalar no seu território e exercer a sua atividade lucrativa nele, tal como todos os contribuintes residentes naquele Estado, da mesma maneira este sujeito passivo não residente deveria ser sujeito às regras de tributação desse Estado. Não na mesma medida, porém, que os residentes daquele Estado, sob pena de ocorrer uma tributação demasiado onerosa ou, até, o fenómeno de dupla tributação – só na medida daquele rendimento que foi obtido através daquele EE.

Podemos acolher, inclusive, a justificação dada por Brian Arnold para complementar a argumentação a favor da existência de EE – assim, na falta do mesmo, todo o rendimento obtido no Estado da fonte, seria tributável e tal poderia trazer encargos demasiado onerosos para a administração fiscal e os seus recursos humanos e financeiros, devendo os mesmos identificar todos os não residentes com os devidos rendimentos e recolher informação suficiente para apurar as quantias recebidas e sujeitas ao imposto<sup>37</sup>. A isto acrescentamos, a completa ausência de segurança jurídica, o que, por sua vez, poderia levar ao aumento de estratégias e casos de planeamento fiscal agressivo e elisão fiscal. Este desentendimento entre as autoridades tributárias e os sujeitos passivos poderia desincentivar os mesmos em investir nas operações interestaduais. Assim, nota Brian Arnold que é no interesse do Estado da fonte estabelecer pressupostos mínimos de tributação numa lógica bilateral, até porque os mesmos, “misturados com as considerações práticas”, não afetam de maneira negativa as pretensões tributárias do Estado da fonte<sup>38</sup>. (tradução livre nossa).

Assim, pese embora o conceito de EE parecer acessório para determinar a correta pretensão tributária, na realidade acaba por revestir imensa importância e o seu papel nunca pode ser subestimado. Conclui, a este propósito, Alberto Xavier: “o conceito de EE é dos conceitos fulcrais em torno do qual se articula todo o Direito Fiscal

---

<sup>36</sup> Brian Arnold – *Threshold Requirements...*, pag. 478.

<sup>37</sup> Brian Arnold – *Time Thresholds...*, pág. 219.

<sup>38</sup> Idem, pág. 219.

Internacional, revestindo neste domínio alcance comparável com o conceito de domicílio em Direito Internacional Privado ”.<sup>39</sup>

## 2.5 O princípio de entidade funcionalmente distinta

O artigo 7.º/1 da CMOCDE expressamente discrimina as pretensões do Estado da fonte de tributar os rendimentos dos sujeitos não residentes se os mesmos forem obtidos no Estado da fonte sem recurso aos EE's<sup>40</sup>.

Porém, quando os rendimentos de um sujeito não-residente são atribuídos ao EE, tal princípio permite ao Estado da fonte (para além de tributar os rendimentos atribuíveis ao mesmo) tributar tal EE não só numa base de incidência equivalente à dos seus residentes, como até criar uma “ficção” de autonomia total do EE face à sua empresa-parente, em que a tributação passa a ser “uma tributação baseada num nexo pessoal de conexão, idêntico ao aplicável em relação às pessoas coletivas residentes”<sup>41</sup>.

Assim, o artigo 7.º/1 consagra a ideia geral de que os rendimentos obtidos pelo EE, são tributáveis no Estado em que o EE se localiza, não aprofundando a forma do cálculo. Podemos, inclusive, afirmar, que trata-se de uma regra geral de incidência subjetiva que nos permite apenas estabelecer esta regra como pedra basilar de repartição de competências.

Já o artigo 7.º/2 CMOCDE consagra o aprofundamento desta regra de repartição de competências, dando orientações de carácter mais quantitativo, no sentido de apurar a quantia correta atribuível ao EE<sup>42</sup>.

Esta visão foi expressamente defendida, inclusive, pela OCDE em 2008<sup>43</sup>, quando se reconheceu que à relação entre os EE's e entidades parentes deveria ser aplicado o princípio de preços de transferência, através do qual se entende que os preços praticados entre os membros do mesmo grupo não devem ser inferiores aos preços praticados no mercado entre os agentes económicos que não apresentam nenhuma relação de

---

<sup>39</sup> Alberto Xavier – *Direito...*, pág. 306.

<sup>40</sup> O que igualmente é objeto de crítica por parte dos Estados em desenvolvimento.

<sup>41</sup> Paula Rosado Pereira – *O Papel...*, pág. 576.

<sup>42</sup> Bruno da Silva – *From the AOA to the new article 7: the attribution of profits to PEs under the OECD MTC*, Fiscalidade, 2013, pág. 48 entende que trata-se de uma distinção entre a delimitação jurídica (consagrada no artigo 7.º/1) e delimitação económica (consagrada no artigo 7.º/2).

<sup>43</sup> OCDE – “*Report on the Attribution of Income to Permanent Establishments*” – OCDE 2008, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/37861293.pdf>, acesso a 13 de Fev. 2020. Porém, esta ideia não é tão recente, sendo concebida ainda no séc. XX.

dependência entre si. Ou seja, a relação entre o(s) EE(s) e a entidade-parente deve ser considerada como se de entidades completamente independentes se tratasse, separando as funções desempenhadas, os riscos assumidos e os ativos, de forma a tornar a relação intra-grupos mais transparente fiscalmente<sup>44</sup>.

Assim, encontra-se consagrado o teste da dupla dimensão que, atualmente, é estabelecido pela OCDE como uma Abordagem Autorizada<sup>45</sup> que passa por concluir a existência do EE propriamente dito e pela aplicação do teste de preços de transferência para determinar os rendimentos atribuídos ao mesmo.

Trata-se, portanto, de um certo paradoxo, em que uma entidade dependente da entidade-parente, sem ter personalidade jurídica própria tem, no entanto, património próprio, que lhe permite atuar no mesmo ramo e desenvolver a mesma atividade que a entidade-parente, ter as suas funções desempenhadas, meios empregues e riscos assumidos, efetuar os pagamentos e realizar operações com certo grau de independência face à entidade-parente (sendo que a responsabilidade jurídico-económica pelas mesmas recai na mesma sobre a entidade-parente).

A ideia de natureza dependente do EE face à empresa-parente é, neste caso, completamente abandonada em prol da pretensão tributária. Tal visão pode ser alvo de críticas, dado que aponta para a “conveniência” da utilização do nexo de dependência existente entre o EE e a sua sede (que até pode estar localizada noutro Estado). Porém, tais críticas, por sua vez, são facilmente refutáveis se atendermos, igualmente, às teorias que justificam a tributação pela fonte por um lado e atendermos à ideia que de facto, normalmente o EE não tem personalidade jurídica mas tem algum património económico-financeiro próprio, o que lhe permite assumir riscos próprios e desempenhar funções autónomas.

## **2.6 Princípio da força atrativa do estabelecimento estável**

Discute-se, ainda, a questão de saber como será o tratamento no caso de a empresa ter mais que um EE no Estado da fonte: irão as autoridades tributárias do Estado da fonte

---

<sup>44</sup> Esta regra encontra-se consagrada, ainda, no artigo 9.º da CMOCDE.

<sup>45</sup> Authorized OECD Approach, inclusive explicado em OCDE – “*Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7*” disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-BEPS-action-7.pdf>, acesso a 14 de Nov. de 2020.

atribuir a totalidade dos lucros obtidos naquele Estado a todos os EE's da sede não residente na fonte ou apenas aos EE's que realmente geraram aquela porção de lucro?

De acordo com o princípio de força atrativa do EE, qualquer rendimento que uma empresa obtém naquele Estado, seja através do EE, seja através das operações diretas efetuadas pela empresa naquele Estado, serão atribuídos ao EE. Já de acordo com o princípio da conexão, só serão atribuídos ao EE os lucros obtidos por este no exercício da sua atividade comercial.

Não haveria razão de discussão dos presentes princípios caso não houvesse a tal “ficção” de autonomia do EE perante a sua entidade-parente, pois de qualquer maneira, os rendimentos obtidos seriam desta entidade, pelo que os impostos teriam de ser suportados pela mesma. Porém, dado que atualmente é reconhecida a conveniência da separação entre o EE e a respetiva entidade mãe para efeitos de tributação dos rendimentos<sup>46</sup>, fará mais sentido apenas considerar os rendimentos obtidos por um certo EE, no que toca a tributação do mesmo, até por uma questão de justiça de incentivo e de atração dos EE's a territórios nacionais.

---

<sup>46</sup> OCDE – “*Revised Discussion Draft of a New Article 7 of the OECD Model Tax Conventions*” Centre For Tax Policy and Administration, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/44104593.pdf> e § 15 dos Comentários ao artigo 7.º, pág. 177 de *Model Tax Convention*.

### Capítulo III - Breve história do conceito de estabelecimento estável

Cumpre, a título de introdução, referir que caso analisemos o conceito do EE e o seu desenvolvimento desde o séc. XIX até aos dias de hoje, notar-se-á que durante toda a sua história, o conceito nunca foi objeto de tanta atenção ou tantas alterações por parte do legislador fiscal como é atualmente.

O conceito de EE surgiu na Prússia na segunda metade do séc. XIX. Alguns autores consideram que este conceito integrava o Código da Contribuição Industrial Prussiano, em que era apenas considerado um “local para negócio”<sup>47</sup>, sendo introduzido no direito fiscal para garantir satisfação de pretensões tributárias de diversos municípios<sup>48</sup>. Nota Maria Celeste Cardona que na altura tratava-se de um conceito que já apresentava as características de “permanência” e “afetação” a uma certa área, sendo certo (...) que o elemento físico de ligação a um espaço geográfico determinado não assumia significado especial.”<sup>49</sup>

Nota Fábio Franco<sup>50</sup> que inicialmente este conceito não tinha ligação com a realidade tributária, mas sim com a “vaga de criação e nascimento de novas indústrias cujas matérias-primas se encontravam em outros países que não o de residência. (...) O estabelecimento estável tem a sua origem numa realidade enquadrada na ótica de enraizamento profundo entre o capital fixo e a imobilidade”<sup>51</sup>.

Posteriormente, o conceito fez aparência no primeiro tratado para evitar dupla tributação, celebrado entre a Prússia e Saxónia em 1869<sup>52</sup>. Já outra doutrina<sup>53</sup>, considera que o primeiro Tratado verdadeiramente internacional em matéria fiscal foi celebrado entre Prússia e Áustria, só em 1899. O conceito começou a ser introduzido em todos os tratados

---

<sup>47</sup> Richard Xenophon Resch – *The Taxation of Profits Without a Permanent Establishment*, Permanent Establishments in International Tax Law, Vol. 41, ed. Hans-Jürgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 480.

<sup>48</sup> Idem, pág. 480. Nota este autor que o conceito não era muito desenvolvido, pelo que a jurisprudência prussiana traçou as seguintes orientações de determinação: tem que se tratar de local fixo em que há desenvolvimento de negócio e deve ser claro que aquele sítio é usado com intenção de gerir negócio a partir de lá.

<sup>49</sup> Maria Celeste Cardona - *O conceito de EE: algumas reflexões em torno deste conceito* in Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Loures Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 171, Lisboa, 1995, pág. 250.

<sup>50</sup> Fábio Teixeira Franco - *O conceito de EE no comércio eletrónico*, tese de Mestrado submetida para avaliação final na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2011, pág. 17

<sup>51</sup> Idem, pág. 17.

<sup>52</sup> Luís Menezes Leitão – *O conceito...*, pág. 138. No mesmo sentido, veja-se Maria Celeste Cardona - *O conceito...*

<sup>53</sup> Arvid Skaar – *Permanent Establishment: erosion of a tax treaty principle*, Kluwer Law, 1991, pág. 279.



celebrados entre os Estados Alemães com Estados interessados, sendo que este conceito permitia tributação ao Estado da fonte se “houvesse um local de negócios, pertencente fisicamente a um espaço geográfico determinado e o exercício em permanência de uma atividade empresarial a partir desse local”<sup>54</sup>.

Reconhecida a importância do conceito, German Double Taxation Act passou a incluir o EE na lista das figuras reconhecidas em 1909, já com vista a eliminar a dupla tributação internacional<sup>55</sup>.

Nota Richard Xenophon Resch que havia dois tipos de evolução do conceito de EE nas convenções de dupla tributação<sup>56</sup>.

Assim, o conceito incluído na convenção de dupla tributação com a Áustria tinha uma cláusula geral e uma lista de exemplos, ao passo que a convenção da Alemanha com a Itália adicionava o estaleiro de construção, mas não a cláusula geral, o que na opinião deste autor adicionava um carácter mais limitativo à cláusula-conceito.

O conceito do EE sofreu as suas devidas alterações no séc. XX, quando se deram diversos trabalhos preparatórios para elaboração de uma convenção base, que servisse de modelo para os tratados bilaterais celebrados entre os Estados. Concorde a doutrina que “o primeiro grande contributo para precisar a definição de estabelecimento estável deve-se à Sociedade das Nações, tendo culminado na exaustiva exemplificação contida no artigo V do Protocolo anexo aos Modelos das Convenções de México (1943) e de Londres (1946)”<sup>57</sup>

Assim, quando surgiu a Convenção Modelo da OCDE (doravante “CMOCDE”) em 1963, o conceito de EE foi devidamente consagrado na mesma, reconhecendo assim a sua importância para a interpretação correta e aplicação devida e justa das normas de conexão.

O principal problema histórico que, inclusive, envolve o conceito de EE passa pela divisão de competências entre os Estados. Desde a criação do sistema que conhecemos atualmente, existe doutrina que se pronuncia sobre a injusta distribuição de competências tributárias, com base no privilégio dado aos Estados da residência que, historicamente,

---

<sup>54</sup> Luís Menezes Leitão – *O conceito...*, pág. 139.

<sup>55</sup> Maria Celeste Cardona – *O conceito...*, pág. 251.

<sup>56</sup> Richard Xenophon Resch – *The Taxation...*, pág. 482.

<sup>57</sup> Paula Rosado Pereira – *O Papel...*, pág. 572.

correspondiam aos Estados desenvolvidos em detrimento dos Estados da fonte, que por sua vez correspondiam aos países em desenvolvimento<sup>58</sup>.

Se analisarmos o artigo 7.º da CMOCDE, verificamos que a regra base de tributação dos rendimentos ativos passa pela tributação exclusiva pelo Estado da residência, e, fora outras situações especiais previstas na CMOCDE, o artigo 7.º é um artigo geral, servindo de base para determinação de poderes tributários e estando no centro do conflito “residência” *versus* “fonte”<sup>59</sup>. Por outro lado, tal posição confirma-se se olharmos para o artigo 21.º da CMOCDE que é residual, pois se o rendimento obtido pelo residente no outro Estado não se enquadrar em nenhum dos artigos dedicados ao rendimento passivo<sup>60</sup>, nem nas restantes situações especiais<sup>61</sup>, irá ser enquadrado neste, que tem meação expressa de tributação exclusiva por parte do Estado da residência.

Notam João Bianco e Ramon Santos que aquando das discussões acerca da distribuição de competências, foi apenas reconhecido que deve haver uma distribuição equitativa entre os Estados envolvidos que providenciaram a infraestrutura e o clima para o contribuinte ganhar rendimento<sup>62</sup>. Porém tal não aconteceu, os Estados em desenvolvimento acusam as organizações de controlo das políticas fiscais (Liga das Nações e OCDE) de concentrar todo o poder tributário nos Estados de exportação do capital. João Bianco e Tomás Santos criticam esta divisão na medida em que entendem que se trata de competição pela tributação entre Estados com diferentes níveis culturais, sociais, educacionais e políticos, sendo que a lógica da OCDE é evitar a dupla tributação a todo o custo, mesmo que tal implique perda de receitas tributárias por parte do Estado da fonte<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Não existe um conceito de países em desenvolvimento, segundo Leonard Waagenar - *The Effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries*, Bulletin for International Taxation 69, no. 2, 2015, nota de rodapé n.º 8. Adotamos, portanto, a visão do mesmo autor – são países em desenvolvimento todos aqueles que são considerados como tal pelo Fundo Monetário Internacional.

<sup>59</sup> João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos – *A Change of Paradigm in International Tax Law : Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy*, Bulletin for International Taxation 70, n.º. 3, 2016, pág. 3.

<sup>60</sup> Artigos 10.º, 11.º, 12.º, 13.º CMOCDE.

<sup>61</sup> Artigos 6.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º CMOCDE.

<sup>62</sup> João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos – *A Change...*, pág. 3.

<sup>63</sup> Idem, pág. 4. No mesmo sentido, veja-se Francisco Neves Dornelles - *A Dupla tributação internacional da renda*, Rio de Janeiro, Fgv, 1979 e Leonard Waagenar – *The Effect...* No entanto, nota BEPS action plan que “in developing countries, the lack of tax revenue leads to critical under-funding of public investment that could help promote economic growth” – cfr. OCDE - *Action Plan...*, pág. 4.

## Capítulo IV - O conceito estático de estabelecimento estável (real).

### 4.1 O estabelecimento estável na Convenção Modelo da OCDE

Nota e bem Fábio Teixeira Franco que, normalmente, os critérios mais comuns para determinação e discussão do conceito de EE são os que constam na CMOCDE<sup>64</sup>, sendo esta o verdadeiro padrão, em torno do qual se gerem a maioria das convenções bilaterais atuais.

Notamos, igualmente, conforme será discutido *infra*, que o conceito de EE que existe atualmente no ordenamento jurídico português teve a sua origem nas convenções bilaterais de que Portugal faz parte<sup>65</sup> e daí foi adaptado.

Portanto afigura-se lógico e aconselhável basear o estudo da figura do EE no conceito constante na CMOCDE.

Assim sendo, indica o artigo 5.º/1 a definição geral de EE:

“1. Para efeitos da presente convenção, a expressão “estabelecimento estável” significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade”<sup>66</sup>

Não obstante a definição geral, contida no artigo 5.º/1, referir-se ao EE como “instalação fixa”, cumpre desde logo, e para efeitos da presente tese, traçar a diferença entre dois tipos de EE’s previstos na CMOCDE.

Pese embora o mais comum e aquele, que de facto, deu origem ao primeiro conceito conhecido do EE, o EE real (ou objetivo), existe igualmente o EE caracterizado pelo elemento pessoal ou subjetivo.

Enquanto o EE real implica a existência de um espaço, o EE com carácter pessoal reveste a natureza do agente que atua por conta da empresa.

Para efeitos da presente obra o principal foco será no conceito de EE real, pois acreditamos que o EE pessoal dará origem discussões próprias interessantes, no entanto não enquadráveis em sede da presente análise.

---

<sup>64</sup> Fábio Teixeira Franco – *O Conceito...*, pág. 27.

<sup>65</sup> E, como consequência, teve que adotar conceitos até lá inexistentes no ordenamento doméstico, sob pena de não tributar esta realidade. Pois conforme é de conhecimento geral, as convenções bilaterais não atribuem competências novas, apenas regulam a distribuição das competências existentes nos Estados envolvidos. Resultou disto a necessidade de alguns Estados adotarem os seus conceitos internos com base nos conceitos constantes na Convenção Modelo.

<sup>66</sup> OCDE - *Model Tax Convention...*, pág.31

## 4.2 Estabelecimento estável real

Delimitando, desta forma, o objeto do nosso estudo, cumpre referir, a título de introdução, que se compararmos as definições de EE, nomeadamente a definição presente no Código de Contribuição Industrial que o definia como “espaço usado para o exercício de certa atividade ou negócio, e o utilizava como critério para definir o poder tributário dos municípios prussianos, já que um município tinha a faculdade de tributar os EE’s instalados na sua circunscrição, ainda que o seu titular estivesse sediado noutro município”<sup>67</sup>, e a definição que, entre os séculos, chegou até nós na sua versão consagrada no artigo 5.º da CMOCDE, reparamos que o legislador fiscal internacional sentiu a necessidade de adaptar o conceito, sobretudo aprofundando o mesmo e acrescentando mais elementos que permitissem concluir pela existência do EE, mas o conceito na sua génese continua a ter a mesma essência.

Ora, vejamos: os elementos essenciais consagrados atualmente no corpo do artigo 5.º da CMOCDE e na definição geral indicam, sobretudo, que para concluirmos pela existência de EE, os seguintes requisitos<sup>68</sup> têm de ser verificados:

- i) Há que existir uma instalação e esta instalação tem de ser fixa noutro Estado que não é o Estado da residência, a chamada componente estática<sup>69</sup>;
- ii) Através desta instalação fixa a empresa exerce toda ou parte da sua atividade, que corresponde à componente dinâmica<sup>70</sup>.

São os testes de presença objetiva, nas palavras de Arvid Skaar<sup>71</sup> e entende Brian Arnold que são os pressupostos mínimos de aplicação do limite de EE por si<sup>72</sup>. Alessandro Caridi entende, porém, que um terceiro requisito deve ser verificado:

---

<sup>67</sup> Luís Menezes Leitão – *O Conceito...*, pág. 138 e Maria Celeste Cardona – *O Conceito...*, pág. 250

<sup>68</sup> Jacques Sasseville e Arvid Skaar – *General Report*, Cahiers de Droit Fiscal International, Vancouver Congress, Vol. 94a, IFA, 2009, pág. 23 e seguintes.

<sup>69</sup> Alberto Xavier – *Direito...*, pág. 265 e Luís Menezes Leitão, *O Conceito...*, pág. 140 ou “teste de instalação” que compreenda o “teste de direito de uso” por parte da empresa.

<sup>70</sup> Alberto Xavier – *Direito...*, pág. 265 e Menezes Leitão – *O Conceito...*, pág. 140 ou “teste de atividade”.

<sup>71</sup> Arvid Skaar – *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, Intertax, Vol. 28, nº 5, Kluwer Law International, 2000.

<sup>72</sup> Brian Arnold - *Time Threshold...*, pág. 220 – “Like a fixed place of business threshold (...) must involve a time element, otherwise, it is simply a source rule”.

- iii) Tem de ser verificado que esta instalação fixa não constitui a atividade *per se*<sup>73</sup>, mas antes apenas uma afloração da empresa-parente noutros Estados<sup>74</sup>.

Tendemos a dar razão a este autor, pois a não verificação do requisito em causa pode levar a uma errada classificação dos rendimentos, sob pena de estarmos perante rendimentos não enquadráveis na esfera do EE, mas antes nos rendimentos imobiliários previstos no artigo 6.º da CMOCDE, por exemplo.

Por fim, concordamos com Fábio Teixeira Franco, que acrescenta a esta lista, também, o critério temporal. Assim, segundo este autor, mais um elemento cumulativo para a correta determinação da existência do EE passará por verificar o grau de permanência e da manutenção do EE em causa<sup>75</sup>. Notamos, porém, que é um critério controverso e de complexa aplicação.

No entanto, os mesmos requisitos têm o seu maior desenvolvimento nos Comentários ao artigo 5.º da CMOCDE.

A principal ideia transmitida pelo conceito de EE passa pela necessidade de excluir toda a atividade aleatória que é levada a cabo pelo não-residente, permitindo uma tributação mais ajustada à realidade e garantindo uma justiça eficaz na tributação somente daquele rendimento que pode, de facto, justificar a sua atribuição àquele EE e, como consequência, ao Estado da fonte<sup>76</sup>.

Devido a isto, a instalação em que a empresa não residente opera, tem que ser fixa – tal pode ter duas dimensões: físico-geográfica e temporal.

#### **4.2.1 A dimensão físico-geográfica**

Antes de mais, trata-se de uma criação que implica a existência de uma instalação física. Tem que existir um local material a partir do qual o negócio é dirigido. A este propósito,

---

<sup>73</sup> Alessandro Caridi – *Proposed Changes to the OECD Commentary on Article 5: Part I – The Physical PE Notion*, pág. 13.

<sup>74</sup> Note-se, no entanto, que tal estabelecimento tem que ser mantido a 100% pela sociedade parente, que a torna completamente dependente da mesma. Pretende-se excluir, desta maneira, as entidades com personalidade jurídica própria, cujo capital social porventura é detido pelas pessoas coletivas estrangeiras. No mesmo sentido, Fábio Teixeira Franco, pág. 31.

<sup>75</sup> Fábio Franco Teixeira – *O Conceito...*, pág. 30.

<sup>76</sup> Deve ser igualmente por essa razão que a atividade desenvolvida pelo não-residente através de EE não deve ser necessariamente produtiva, como, aliás, notam os Comentários no § 7 ao artigo 5.º, pág. 117 de *Model Tax Convention*.

notam os comentários que nem é preciso desenvolver uma atividade *per se*, basta apenas existir um local à disposição a partir do qual se possa dirigir negócios.

Por sua vez, a dimensão físico-geográfica entende que o EE tem que se situar na mesma zona – não se trata, porém, de estar fisicamente no mesmo sítio. Aliás, há EE's que em virtude da sua natureza só se situam num sítio – como, por exemplo, uma loja<sup>77</sup>. Porém, atualmente, a OCDE compreende que os EE's não se podem limitar apenas e só aos locais fixados “de uma vez por todas”, sob pena de deixar de fora a tributação de outras entidades que constituem um EE mais que verdadeiro, como, por exemplo, as *roulottes*, que são o exemplo académico mais conhecido.

A doutrina já se pronunciava a favor desta abertura do conceito, argumentando que não interessa a localização exata, desde que o EE seja situado na zona ou área geográfica em que o EE é inserido, sendo certo que atualmente a OCDE adota um conceito muito mais flexível de EE do que historicamente – atualmente deve “haver uma ligação entre o espaço em que é desenvolvida a atividade e um ponto geográfico específico”<sup>78</sup>.

Assim, desde que haja “uma ligação intrínseca entre a organização física e a atuação empresarial”<sup>79</sup>, estar-se-á perante uma instalação adaptada para as necessidades da empresa naquele Estado, que permitirá, à partida, e verificados todos os testes, a sua inclusão como EE da mesma.

Notam os Comentários ao artigo 5.º que até as maquinarias e equipamentos podem constituir EE's<sup>80</sup>, não limitando a aplicação apenas às instalações fixas no sentido tradicional – prédios e imóveis (que, por sua vez, não necessitam de direito real devidamente constituído a favor do sujeito passivo não residente que exerce a sua atividade através deles<sup>81</sup>). Isto vai também ao encontro da expressão “através da qual (é exercida a atividade)”, pois a própria OCDE entende, através desta expressão, que estamos perante um leque alargado e flexível de atividades<sup>82</sup>.

A expressão “através da qual” (é exercida a atividade) sugere também uma análise profunda de forma a sabermos o que se pode considerar ser uma atividade exercida

---

<sup>77</sup> Que, paradigmaticamente, constitui, se calhar, o exemplo mais recorrente de EE mas não se encontra elencada nas alíneas da lista não taxativa de artigo 5.º/2.

<sup>78</sup> § 21 pág. 121 de *Model Tax Convention*...

<sup>79</sup> Fábio Teixeira Franco – “O Conceito...”, pág. 32.

<sup>80</sup> § 6, pág. 117 de *Model Tax Convention*...

<sup>81</sup> § 11, pág. 118 de *Model Tax Convention*...

<sup>82</sup> § 20, pág. 120 de *Model Tax Convention*...

“através de” EE. Sugere Leonardo Castro<sup>83</sup> que esta expressão exclui a ideia de englobamento dos rendimentos obtidos pelo EE uma vez que, incluindo apenas as atividades recorrentes, justifica-se que haja tipos de rendimento, sobretudo os rendimentos de natureza passiva, enquadráveis em outros artigos da Convenção<sup>84</sup>. Isto finaliza o teste de “direito de uso”, nas palavras de Arvid Skaar<sup>85</sup>.

#### 4.2.2 A dimensão temporal

A dimensão temporal (se é que pode ter este nome) serve o seu propósito de assegurar que a atividade montada no espaço físico tem um certo grau de permanência temporal, sob pena de criar o risco de colocar demasiadas atividades de curta duração para análise de forma a saber se estas podem ser classificadas como EE. Nota Jacques Sasseville que em muitos Estados, este teste serve para garantir que o espaço está à disposição da empresa não só para efeitos temporários<sup>86</sup>.

Atualmente o EE não precisa de ser ativo, a atividade não tem que ser desenvolvida nele constantemente, basta ser exercida com regularidade. Nota Fernanda Rubim que exceções à regra geral passam por atividades de natureza recorrente e atividades que só podem ser exercidas num certo período e local<sup>87</sup>. A título de exemplo paradigmático podemos apontar os eventos do *Rock In Rio* Lisboa ou *Web Summit*, eventos esses que têm lugar em Lisboa durante meros dias num ano, mas dado que se trata de eventos que ocorrem com regularidade nesta localização, podemos concluir pela existência de EE.

No entanto, é de notar que, pese embora se trate de um teste temporal que possa permitir concluir pela existência de EE (o que o torna bastante crucial, dependendo dele a distribuição das competências de tributação entre os Estados, ao contrário do exemplo do estaleiro de construção ou reparação, consagrado no artigo 5.º/3 da CMOCDE), a definição é omissa quanto à duração exata exigida para considerarmos, afinal, a existência de EE. Nem o texto do artigo nem os Comentários referem expressamente o período que

---

<sup>83</sup> Leonardo Castro – *Problems Involving Permanent Establishments: Overview of Relevant Issues in Today's International Economy*, in *The Global Business Law Review*, pág. 140.

<sup>84</sup> Sobretudo nos artigos 10.º, 11.º, 12.º e 13.º de CMOCDE.

<sup>85</sup> Arvid Skaar – *Erosion*, pág. 190. Nota o mesmo autor que na jurisprudência alemã de 1997, o teste do direito do uso estava preenchido se o “dono” do espaço tinha a posição legal de não ser removido daquele espaço sem o seu próprio consentimento; já nos Estados Anglo-saxónicos, o uso do espaço significava apenas ser suficiente para estar ao dispor do empresário sempre que ele precisasse.

<sup>86</sup> Jacques Sasseville e Arvid Skaar – *General Report*, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, Vol. 94a, IFA, 2009, pág. 28.

<sup>87</sup> Fernanda Antunes Rubim – *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, nº 6, maio 2012, pág. 3.

é necessário decorrer para considerarmos que existe um EE, porém é de notar que a prática comum tem sido adotar o período temporal de 6 meses.

As razões atrás desta solução implícita entendem-se se recorrermos aos argumentos de flexibilidade e adaptação dos conceitos à realidade do EE, sobretudo às realidades mais recentes, em que verificamos constante desenvolvimento de economia e modelos de negócios além dos já existentes e já “previstos” pela comunidade fiscal. Porém, podemos ver a quantidade de problemas interpretativas que possam surgir no âmbito de limite temporal não estar devidamente especificado.

A maneira de contagem do prazo de existência do EE, por seu lado, também é explicada somente no texto dos Comentários, sendo a disposição do artigo omissa quanto a isso. Assim, o EE considera-se constituído quando estiver pronto para desempenhar a sua atividade, pelo que as atividades preparatórias ou auxiliares não contam para a contagem. As interrupções temporárias não causam a desclassificação do EE como tal automaticamente.

No entanto, Brian Arnold coloca questões interessantes no âmbito do limite temporal. Assim, nota este autor inconsistência de contagem de limites temporais – estes, no texto da CMOCDE, podem ser tanto contados em dias como em meses como em anos<sup>88</sup>. No entanto, o conceito de “mês”, a que claramente alude o artigo 5.º CMOCDE pode, por sua vez, também ter duração variada, conforme nota o mesmo autor<sup>89</sup>. Enquanto é relativamente fácil determinar uniformemente o ano em referência (sendo que tratar-se-á do ano fiscal, em que os requisitos foram preenchidos e o rendimento foi obtido), o cálculo dos meses parece ser uma tarefa relativamente ambígua.

No entanto, concordamos com a visão de Brian Arnold - parece que seria mais claro e menos problemático o legislador optar pela designação do período temporal em dias e não meses<sup>90</sup>, como, por exemplo, o legislador português faz aquando do estabelecimento do período temporal necessário para determinação do sujeito como residente português<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Brian Arnold – *Tiem Thresholds...*, pág. 223 e ss.

<sup>89</sup> Idem, pág. 223 e ss. Este autor nota que um mês pode ser considerado um aglomerado de 30 ou 31 dias ou, por sua vez, pode ser um aglomerado de 4 semanas (sendo cada semana composta por 7 dias). O autor sublinha a incoerência entre entendimentos e propõe medir o critério temporal por dias.

<sup>90</sup> Brian Arnold – *Time Thresholds...*, pág. 225.

<sup>91</sup> Artigo 16.º CIRC esclarece-nos que para tal, basta um sujeito passar 183 dias em Portugal.



Também podemos interrogar-nos acerca da incoerência legislativa no que toca ao estabelecimento de períodos temporais diferentes para os diferentes tipos de EE's<sup>92</sup>. Assim, enquanto é prática entre os Estados considerar que o limite temporal necessário para se concluir pela existência de um EE é de 6 meses, o mesmo não se aplica aos estaleiros de construção, onde a regra é expressamente consagrada e contempla o limite temporal equivalente a 12 meses. Compreendemos que a razão passa pela natureza algo mais demorada de atividade desenvolvida no âmbito do estaleiro de construção, porém nem sempre nos parece que seja o caso.

No geral, tudo aponta que o limite temporal não está no mesmo patamar que os restantes requisitos necessários à conclusão pela existência do EE. Assim, pode-se entender esta dicotomia temporal e, sobretudo, a não consagração expressa do limite mínimo necessário se considerarmos um conjunto de EE's que são considerados EE's não preenchendo, no entanto, o limite dos 6 meses. Nesta categoria podemos incluir: as atividades recorrentes, atividades de curta duração, negócio desenvolvido somente no Estado da fonte<sup>93</sup> e ainda os casos de duração superior à prevista ou cessação prematura de atividade.

Assim, se o EE for constituído para o período temporal curto mas durar mais, satisfazendo, assim, o teste temporal, o EE considera-se existente retrospectivamente à data em que começou a sua operação (e não à data em que a sua existência ultrapassou o “curto período de tempo”), ao passo que, numa situação inversa, se o EE durar menos do que previsto, este não beneficiará da redução do tempo a contar nem da sua desclassificação como EE – a intenção da empresa-parente ou empresário prevalecerá contra a realidade factual, pelo que o EE será constituído e classificado como tal na mesma<sup>94</sup>.

Todos estes casos seriam uma exclusão à regra temporal e, tendo em conta a quantidade de esquemas de abuso que existem em torno das exceções ao EE<sup>95</sup>, parece mais sensato não estabelecer, de facto, um limite temporal fixo. Porém, a não fixação expressa pode causar maior incerteza, tanto para os sujeitos passivos como para as autoridades

---

<sup>92</sup> Neste sentido pronuncia-se Brian Arnold – *Time Thresholds...*, pág. 226. Tal dicotomia não se coloca, porém, no Modelo de NU, em que a regra para todos os tipos de EE passa pelo limite temporal de 6 meses.

<sup>93</sup> A ligação que se estabelece com a jurisdição da fonte é inequivocamente mais forte do que aquela que tem lugar se o negociante tem mais que um EE em mais que um Estado. Porém, uma clarificação por parte de OCDE só seria bem-vinda.

<sup>94</sup> § 6.3 dos Comentários.

<sup>95</sup> Estamos a referir-se à lista negativa do artigo 5.º/4, que recentemente foi objeto de revisão no âmbito de Ação 7.

competentes aquando da classificação do EE como tal ou nos argumentos contra a classificação do EE como tal.

Assim, pese embora consideremos essencial a existência do limite temporal, nem que seja implícito ou acordado caso a caso (ou Estado a Estado, no caso das convenções de dupla tributação), parece-nos que poderia haver mais clareza no que toca à determinação do mesmo, especialmente tendo em conta todas as vozes que alegam que o conceito de EE enquanto tal não é o mais adequado para dar resposta às realidades vividas.<sup>96</sup>

#### **4.2.3 Exercício de atividade através do estabelecimento estável**

Por fim, refere-se que a atividade empresarial<sup>97</sup> tem de ser desenvolvida através de instalação fixa – não necessitando, porém, que a mesma seja produtiva ou recorrente. Basta que o EE produza algum tipo de rendimento que permita associar o mesmo à atividade daquela empresa. Tal concretizará o “*business activity test*”, nas palavras de Arvid Skaar<sup>98</sup>.

Assim, o negócio será a literal atividade do EE e o elemento principal de ligação entre este e a entidade-parente<sup>99</sup>.

Por outro lado, já não é necessário que haja verificação do elemento humano aquando da averiguação do exercício de atividade. Com efeito, se antes era um pressuposto necessário haver contratação das pessoas para desempenhar tarefas adequadas naquele EE fixo (dependendo, porém, da dimensão do negócio em causa e do tamanho do EE por si), atualmente, e especialmente com a divulgação das máquinas de jogos ou vendas automáticas ou, até, equipamentos automáticos, já não se afigura necessário haver verificação da componente humana para se considerar existir um EE.

#### **4.3 A lista positiva do artigo 5.º/2 CMOCDE**

O artigo 5.º/2 apresenta uma lista das instalações que podem ser consideradas EE's<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Esta parte será melhor desenvolvida no Capítulo dedicado aos últimos desenvolvimentos em torno do conceito de EE.

<sup>97</sup> O termo que utilizamos aqui segue o termo proposto pelo artigo 3º, n.º 1, alínea h) da CMOCDE

<sup>98</sup> Arvid Skaar - *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law, 1991, pág. 314.

<sup>99</sup> Sendo que precisa de preencher dois pressupostos cumulativos: ser classificado como atividade tributável no Estado da fonte e preencher os ditames do artigo 7º/1 CMOCDE.

<sup>100</sup> Luís Menezes Leitão nota a este propósito: “A técnica usada pelo artigo 5.º passa pela indicação de uma cláusula geral a definir o EE, a qual é concretizada através de uma série de exemplo-padrão correspondentes

A lista em causa inclui um local de direção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina, uma mina ou outro local de extração de recursos naturais, deixando, porém, fora da enumeração, os exemplos mais conhecidos de EE's – uma loja e uma agência de seguros. A doutrina refere<sup>101</sup> que a maioria dos exemplos parece servir para reforçar a ideia de que só as instalações físicas podem ser consideradas EE's, porém os Comentários tentaram eliminar termos precisos e limitações aos EE's, de forma a permitir que qualquer EE que seja enquadrável no conceito seja tributado como tal<sup>102</sup>.

Esta lista não é taxativa, sob pena de haver necessidade de constante atualização da mesma e sob pena de haver situações que sejam deixadas de parte e, sendo assim, não tributadas. Porém, tal lista do artigo 5.º/2 não exclui, de todo, a aplicação do teste da cláusula geral do artigo 5.º/1. Assim, teremos que verificar sempre se o EE em causa respeita as regras gerais (i.e., teste de localização, fixação e duração temporária e, ainda, não ser abrangido pelo artigo 5.º/4 da CMOCDE, que estabelece o teste da lista negativa<sup>103</sup>), pese embora o mesmo até pode ser enquadrável como estabelecimento em alguma das alíneas do artigo 5.º/2<sup>104</sup>.

No entanto, nota Ernest Mazansky que o Tribunal Fiscal da África do Sul recentemente teve um entendimento diferente da situação<sup>105</sup>. Reconhecendo que os Comentários aconselham uma visão de duplo controlo (enquadrando o EE enquanto tal através da lista exemplificativa do artigo 5.º/2, também temos de verificar o preenchimento dos testes apresentados pela cláusula geral do artigo 5.º/1, o Tribunal sustentou a posição que a expressão “inclui especificamente” deve ser considerada numa visão ampla. Assim, à medida que a atividade seja enquadrável numa das alíneas do artigo 5.º/2, a mesma passa a integrar o EE, sem necessidade de passar pelo crivo da cláusula geral<sup>106</sup>.

---

ao conceito, ao mesmo tempo que nos surgem delimitações negativas do referido conceito” – *O Conceito...*, pág. 141.

<sup>101</sup> Brian Arnold – *Threshold Requiriements* – pág. 479.

<sup>102</sup> Relembrando-nos, pessoalmente, a ideia consagrada no artigo 20.º de CIRC em que qualquer rendimento é considerado rendimento e por isso será tributado, mesmo aquele que foi obtido por fins ilícitos, de forma a garantir devida tributação e “punir” a origem ilícita de rendimentos. No caso de EE não se trata, porém, de tributação com fins punitivos, mas somente da flexibilidade do conceito.

<sup>103</sup> § 45 do artigo 5, pág. 127 de *Model Tax Convention*.

<sup>104</sup> No mesmo sentido, Rita Calçada Pires, *Manual...*, pág. 79 e para 45 a 48 dos Comentários em *Model Tax Convention*.

<sup>105</sup> Ernest Mazansky – South African Tax court Departs from Commentary on Article 5 of the OECD Model in Finding a Permanent Establishment, pág. 495-496.

<sup>106</sup> O mesmo tribunal considerou que, havendo rendimentos do EE (classificado apenas através de enquadramento na lista do n.º 2, o que já por si coloca as suas dúvidas) em 2007 e 2008, os mesmos justificavam as pretensões tributárias do Estado Sul-Africano em 2009. Aquando o contribuinte explicou que o EE não gerou nenhum rendimento em 2009, até porque nenhum trabalhador esteve lá durante aquele

Por um lado, compreende-se que a África do Sul não é membro da OCDE, pelo que não deve seguir as disposições e entendimentos da CMOCDE e dos seus Comentários. Porém, é notado que cada vez maior número de países não membros da OCDE optam por seguir as orientações da mesma, de forma a salvaguardar o entendimento comum relativamente aos assuntos fiscais, o que, na nossa opinião, é de aplaudir, dada a turbulência que já assim se verifica no (des)entendimento entre os Estados e os contribuintes atualmente.

#### **4.4 A lista negativa do artigo 5.º/4 CMOCDE**

Outro dos requisitos para se considerar a existência de um EE é o exercício de atividade de carácter dito principal<sup>107</sup>, deixando a CMOCDE de fora as atividades de carácter preparatório ou auxiliar no seu artigo 5.º/4. Idealmente e no início, de forma a garantir a justa tributação apenas e só de EE's que desenvolviam, de facto, uma atividade que justificasse as pretensões tributárias do Estado da fonte, esta lista contemplava uma realidade subjacente a estabelecimentos que não sejam EE's, por desempenharem precisamente atividades de carácter preparatório ou auxiliar à atividade principal.

Em última análise, era mais um teste que tinha que ser aplicado ao caso concreto, aquando da identificação da natureza e classificação do EE como tal e mesmo que este pudesse ser classificado como EE por enquadrar-se em qualquer das alíneas do artigo 5.º/2 e preencher os requisitos da regra geral do n.º 1, a classificação não procedia se estivesse em causa um espaço que desempenhasse alguma atividade interligada com a atividade principal, porém que não fosse suficiente para imputar quaisquer lucros a esta. Entendemos que aí, ao contrário do artigo 5.º/3 da CMOCDE, reside verdadeira lei especial que prevalece mesmo que o EE seja considerado como tal por todas as outras regras existentes<sup>108</sup>.

Em versão anterior às alterações de 2017, o artigo 5.º/4 CMOCDE na sua redação era algo idêntico à disposição existente no ordenamento jurídico português<sup>109</sup>, sendo que a

---

ano, o Tribunal entendeu que o rendimento gerado “entre fevereiro de 2007 a maio de 2008” justificava pretensões tributárias de 2009 na mesma. Além disso, o contribuinte foi condenado a 100% de sanção e juros. Porém e curiosamente, o contribuinte não recorreu desta decisão gritante.

<sup>107</sup> Pois inicialmente no base do EE estava a teoria de realização, de acordo com Arvid Skaar – *Permanent Establishment...*, pág. 281-282 e, ainda, Alberto Xavier – *Direito...*, pág. 340.

<sup>108</sup> No mesmo sentido veja-se Vishesh Dhuldhoya – *The Future of the Permanent Establishment Concept 2. The BEPS Action Plan and Other Recent Trends*, Bulletin for International taxation, IBFD, vol. 72, no. 4, 2018, pág. 5 e Christian. Aivazian – *Exceptions to the General Permanent Establishment Definition for Preparatory or Auxiliary Activities*, Lang, Brugger and Plansky Editors, 2011, pág. 92.

<sup>109</sup> No artigo 5.º/8 CIRC.

lista negativa em causa apresentava um carácter bastante aberto e exemplificativo, concretizado pela sua alínea e).

Para o efeito, basta considerar as alíneas: enquanto as alíneas a) a d) falavam de situações concretas em que uma instalação poderia “escapar” a sua classificação como EE, a alínea e) acrescentava uma espécie de alínea residual, em que cai qualquer outra atividade ou instalação ao dispor da entidade-parente ou empresário, desde que a atividade exercida através dessa seja de carácter preparatório ou auxiliar. Já a alínea f) previa o caso especial de combinar as atividades elencadas nas alíneas a) a e), desde que consideradas em conjunto, as atividades tenham, na mesma, o carácter supletivo à atividade principal.

Atualmente, porém, a versão do artigo 5.º/4 não é tão linear quanto parece, tendo a atualização da CMOCDE em 2017 adicionado mais preceitos a ler em conjunto com este artigo.

Por sua vez, aderimos às críticas que são proferidas a respeito dos conceitos de “atividade preparatória” e “atividade auxiliar”.

Assim, dispõem os Comentários que a atividade será de carácter preparatório quando compreende uma “contemplanção da realização do que constitui a parte essencial e significativa da atividade da empresa como um todo, tendo duração predominantemente curta”<sup>110</sup> (tradução livre nossa); ao passo que a atividade auxiliar será aquela que “é desempenhada para auxiliar uma parte principal e significativa da atividade da empresa como um todo, sem ser parte desta, não necessitando de muitos trabalhadores ou ativos”<sup>111</sup> (tradução livre nossa).

Rita Calçada Pires apela ao teste da essencialidade – para determinar casuisticamente se estamos perante “parte essencial e significativa das atividades da empresa em conjunto”<sup>112</sup>. Já Carlo Garbarino, entende que as atividades preparatórias ou auxiliares são aquelas em que não há produção direta e tal atividade não constitui objeto estatutário da sociedade<sup>113</sup>. Nota o mesmo autor que, antes do BEPS, a visão aceite consistia na ideia de que não havia EE se a atividade nele desenvolvida estivesse “longe” o suficiente do local da verdadeira produção de rendimentos. Ekkehart Reimer entende que deveria ser

---

<sup>110</sup> § 60 dos Comentários ao artigo 5.º *Model Tax Convention*.

<sup>111</sup> § 59 dos Comentários ao artigo 5.º *Model Tax Convention*.

<sup>112</sup> Idem, pág. 316. No mesmo sentido, veja-se para 60 dos Comentários ao artigo 5.º de *Model Tax Convention*.

<sup>113</sup> Carlo Garbarino – *Permanent Establishments...*, pág. 368

feita a análise da atividade e a sua “relatividade” em relação ao resto da atividade e a seguir, análise da produtividade da atividade<sup>114</sup>.

Porém, e de facto, os Comentários são bastante vagos e omissos quando definem o que pode ser considerado uma atividade desta natureza, o que, ao nosso ver, é muito difícil de conciliar com a importância que o conceito de EE tem ainda hoje e a sua correta identificação como tal. Ademais, se considerarmos que este número do artigo foi alvo de alterações tão importantes no sentido de impedir a sua utilização de forma abusiva.

#### **4.5 O caso especial do estaleiro de construção**

O artigo 5.º/3 da CMOCDE explica o caso especial do estaleiro de construção que chamou a atenção do legislador fiscal, ainda antes da II Guerra Mundial, quando começou a ser notável o aumento das obras de construção interestadual, conforme explica Hans Pijl<sup>115</sup>.

De facto, com o aumento da necessidade de obras de construção e reconstrução de grande escala, que muitas das vezes envolvem colaboração entre empresas e especialistas de mais do que um Estado, tornou-se crucial regulamentar esta realidade.

Assim, estamos a falar de todo um conjunto de obras que são consideradas obras de construção. Estas podem passar tanto por obras monstruosas, como construção de um arranha-céus ou uma ponte, ou podem ser apenas obras de reconstrução ou construção de edifícios mais modestos. A ideia é que, nos dias de hoje não só empresas nacionais como também internacionais podem facilmente estar envolvidos nos projetos de construção e obras, o que coloca em causa a tributação dos mesmos.

Assim, preveniram-se dúvidas ao estabelecer que o estaleiro de construção, independentemente do seu tamanho, será considerado um EE para efeitos de tributação.

Trata-se de um EE de natureza puramente temporária, que mais cedo ou mais tarde será terminado, porém a ligação que se cria entre este estaleiro de construção e o Estado onde as obras são levadas a cabo é muito forte, o que permite e autoriza ao Estado da Fonte beneficiar de pretensões tributárias.

---

<sup>114</sup> Ekkehart Reimer – *Article 5*, pág. 380 in Klaus Vogel – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: a commentary to the OECD-UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German Treaty Practice*, Kluwer Law International, 4ª Edição, 2015

<sup>115</sup> Hans Pijl – *The Relationship between Article 5, Paragraphs 1 and 3 of the OECD Model Convention*, Intertax, Vol. 33, nº 4, Kluwer Law International, 2005, pág. 189

Importa notar que o artigo 5.º/3 da CMOCDE apresenta o critério temporal que esclarece que o estaleiro de construção ou de montagem constitui EE, porém tal só tem lugar se o mesmo durar mais de 12 meses. Portugal tem uma reserva neste artigo, através da qual considera que há EE se o estaleiro tiver a duração de 6 meses<sup>116</sup>. Trata-se do único EE cujo limite temporal é explicitamente clarificado pelo artigo.

Inicialmente o estaleiro de construção começou a ser incorporado na legislação Alemã em 1930, pois tratava-se de um Estado com forte política de investimento nas construções e forte presença socioeconómica nos projetos de construção dos restantes países no estado pós-guerra.

Posteriormente, o estaleiro de construção foi introduzido na convenção entre a Finlândia e Suécia, porém nota Constanze Petterson que tal noção abarcava apenas construções de edifícios<sup>117</sup>. Mais tarde, o conceito integrou a lista exemplificativa do artigo 5.º/2 da CMOCDE com iniciativa do *Mexico Draft* (1943) e *London Draft* (1945), porém só 20 anos depois mereceu destaque especial, tendo sido destacado para uma provisão própria<sup>118</sup>.

Não se consegue distinguir se foi este destacamento que deu aso à discussão doutrinária posterior ou se for a discussão à volta da natureza algo estranha do estaleiro de construção que obrigou o legislador fiscal a destacar o conceito para um parágrafo próprio. De qualquer forma, a doutrina enfrentou o principal problema, que se colocou na altura e continua a ser relevante ainda hoje.

Este problema está relacionado com a realidade atípica subjacente aos estaleiros de construção, realidade esta que passa pela sua mobilidade. Este tipo de EE nem sempre se encontra fixo ao solo, pelo que um dos critérios considerados essenciais na altura para a classificação de algo como EE estava seriamente posto em causa. Nota, no entanto, Hans Pijl que mesmo quando o estaleiro figurava na lista do artigo 5.º/2, era bem visível e claramente notável que o critério de permanência nunca poderia ser aplicável ao mesmo

---

<sup>116</sup> § 201 dos Comentários ao artigo 5.º de *Model Tax Convention* esclarece que para além de Portugal, Austrália, Chile, Grécia, Coreia, Nova Zelândia e Turquia seguem a mesma visão.

<sup>117</sup> Constanze Petterson - *Building Sites, Construction, Installation and Assembly Projects*, Permanent Establishments in International Tax Law, Vol. 41, ed. Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 79.

<sup>118</sup> Em 1977, conforme nota Klaus Vogel, *On Double Taxation Conventions*, artigo 5.º/3.

– daí que a justificação para o destaque especial do artigo passava somente pela especificação do critério temporal<sup>119</sup>.

Com efeito, dispunha uma das primeiras disposições acerca do estaleiro de construção:

“O estaleiro de construção constitui “EE” quando é destinado a ser usado durante um ano pelo menos ou ter existido durante um ano” (tradução nossa livre)<sup>120</sup>.

Dado que só o limite temporal estava especificamente discriminado no texto do artigo e atendendo ao carácter tradicionalmente móvel, a doutrina dividiu-se na sua visão do estaleiro de construção como EE.

Assim, alguma parte da doutrina e jurisprudência entendia que o conceito terá que ser ficcionado, na medida em que haverá “desvalorização dos elementos exigidos no EE tradicional e consequente sobrevalorização de outro ou outros dos elementos tradicionais do conceito”<sup>121</sup>.

Assim, Keen van Raad considerava que estava em causa uma ficção<sup>122</sup>, que não precisava de verificação dos requisitos do artigo 5.º/1 da CMOCDE, pois, não havia, de facto, a possibilidade de verificação de todos os requisitos exigidos para se concluir pela existência de um EE. O Supremo Tribunal dos Países Baixos seguiu esta visão, afirmando que se está perante uma ficção de EE cuja verificação passa por verificação de dois critérios:

- i) O estaleiro de construção *ser efetivamente considerado* um estaleiro de construção;
- ii) O limite temporal ser preenchido,

descartando, porém, os restantes pressupostos mínimos impostos pelo artigo 5.º/1 da CMOCDE.

Outra parte da doutrina<sup>123</sup>, considerava que o estaleiro de construção, exemplificado à parte dos restantes exemplos de EE's, dado pelo artigo 5.º/2, constituía uma verdadeira

---

<sup>119</sup> Hans Pijl – *The Relationship...*, pág. 191.

<sup>120</sup> Artigo V do Protocolo, citado por Hans Pijl –Idem, pág. 191.

<sup>121</sup> Fábio Teixeira Franco – *O Conceito...*,pág. 35.

<sup>122</sup> Keen van Raad – *Construction Project PE In the Netherlands and Taxation of Employment Income Borne by a PE*, Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Vol. 53, n.º 8/9, 1999 pág. 333 ou Arvid Skaar - *Permanent Establishment* – quando fala de EE “fiction”. Entre nós, Rita Calçada Pires – *Manual...*, pág. 83.

<sup>123</sup> Como, por exemplo, Tomasz Lewicki – *A Construction Consortium as a Permanent Establishment from na International Tax Law Perspective: Inconsistencies and Deficiencies in Article 5 (3) of the OECS Model*



*lex specialis*, face às disposições gerais apresentadas pelo artigo 5.º/1, que por si constituía *lex geral*. Para esta parte da doutrina, para concluir pela existência do estaleiro de construção como EE, não bastava apenas “ficcionalar” que se está perante um, mas sim verificar tanto os requisitos temporais e de existência de construção, apresentados pelo artigo 5.º/3, mesmo que se verifique que os requisitos da cláusula geral do artigo 5.º/1 não estariam preenchidos.

Entende-se a razão pela qual a doutrina pioneira considerava a hipótese de ficção para efeitos de enquadramento do estaleiro de construção como EE, porém, atualmente, parece verificar-se maior adesão à tese da lei especial, o que se compreende perfeitamente, até porque os requisitos de “lugar fixo” já permitem maior abertura e maior flexibilização, pelo que a lógica de estaleiro móvel já não colide tanto com os critérios da cláusula geral.

Por fim, existe também doutrina que entende que não se trata nem de sobreposição da lei especial sobre a lei geral nem da ficção de que existe um EE. Assim, Hans Pijl considera que o estaleiro exige a duração fixa de trabalhos em vez de um critério de permanência<sup>124</sup>. Assim, mesmo que não haja permanência no sentido imposto pelo artigo 5.º/1, haverá sempre EE se o critério temporal estiver preenchido<sup>125</sup>. No entanto, o mesmo autor concorda com Arvid Skaar em considerar que os comentários ao parágrafo 3 do artigo 5.º da CMOCDE parecem apontar que o artigo tem natureza da lei especial sobre a lei geral consagrada no artigo 5.º/1 da CMOCDE no que toca ao teste temporal – assim, haverá EE mesmo que não haja permanência, mas haja instalação durante 12 meses<sup>126</sup>.

O estaleiro de construção ou de montagem, é um EE sujeito, ao nosso ver, a um duplo controlo. Assim, para além de preencher os requisitos temporais para se considerar um EE, previstos no artigo 5.º/3 da CMOCDE, o estaleiro tem de respeitar igualmente os requisitos enumerados no artigo 5.º/1 (completados e aprofundados pelos respetivos Comentários), o que o sujeita a um duplo controlo. Pessoalmente adotamos a posição de se tratar de um EE especial, que exige mais controlo por parte das administrações fiscais,

---

*and Commentary*, Bulletin for International Taxation, Bulletin for International Taxation, janeiro, 2012, pág. 41 ou Georg Seitz – *The Construction Clause in Article 5(3) of the OECD Model*, Bulletin for International Taxation, IBFD, vol. 67, n.º 9, 2013, pág. 451.

<sup>124</sup> Hans Pijl - *The Relationship...*, pág 189 e ss.

<sup>125</sup> No mesmo sentido, veja-se Klaus Vogel – “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: a commentary to the OECD-UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German Treaty Practice”, Kluwer Law International, 4ª Edição, 2015, pág. 323.

<sup>126</sup> Idem, pág. 189.

o que leva a uma necessidade de adaptação de regras mais concretas e mais aproximadas à realidade que se verifica no âmbito das construções.

No entanto, este preceito do artigo 5.º da CMOCDE e os respetivos Comentários são alvo de críticas por parte da doutrina, precisamente por colocar demasiadas dúvidas no que concerne à correta identificação da existência de um EE e a distribuição de competências. Assim, Tomasz Lewicki<sup>127</sup> compreende que o artigo está mal formulado e pouco desenvolvido no que toca ao tratamento que é devido nos casos de consórcio entre as empresas nacionais e estrangeiras que operam no mesmo estaleiro de construção. Não é claro, na opinião do autor, de que maneira opera a separação correta das atividades no âmbito da referida construção, que pode levar à incorreta pretensão tributária.

Por outro lado, na opinião de Tomasz Levicki e Georg Seitz<sup>128</sup>, o artigo e os respetivos Comentários não englobam toda a dificuldade da realidade subjacente. Assim, os comentários não consideram o facto de que uma construção engloba mais fases do que normalmente se tem em conta, o que levanta a dúvida se todas as fases concorrem para o cálculo do tempo necessário para preencher o limite temporal de 12 meses<sup>129</sup> (seriam incluídas as atividades de *design* e consultas de engenheiros?)<sup>130</sup>.

O principal problema que se coloca, ao nosso ver, pode passar precisamente pela falta de concretização por parte das convenções de dupla tributação sobre o que pode ser considerado como incluído na atividade de construção ou reconstrução, para efeitos de conclusão pela existência de um EE. Assim, pode-se dar origem a situações híbridas que podem prejudicar gravemente os sujeitos passivos envolvidos, onde a única solução para estes casos será recorrer às Autoridades Tributárias de ambos os Estados para esclarecer a questão, o que pode demorar muito tempo e causar insegurança no sujeito passivo em causa.

---

<sup>127</sup> Tomasz Lewicki – *The Construction...*, pág. 42.

<sup>128</sup> Georg Seitz – *The Construction...*, pág. 451.

<sup>129</sup> Tomasz Lewicki- *The Construction...*, pág. 42.

<sup>130</sup> Daí que considerarmos que o artigo 5.º, nº 3 é dos mais debatidos e no âmbito de jurisprudência dos Estados-Membros – para o efeito, cfr. Peter Schmidt – *The Creation of a Permanent Establishment Through the Use of Subcontracting: A New Danish Rulings Adds to the Discussion*, Intertax, vol. 46, n.º 2 e Jérôme Monsenego – *The Construction PE and Temporary Interruptions: Questions Based on a Swedish Case*, Tax Notes International, novembro, n.º 4, 2019.

#### 4.6 Questão relativa a grupos de empresas

Por fim, importa discutir se uma empresa subsidiária pode ou não ser considerada um EE. A regra constante do artigo 5.º/7 indica-nos que uma empresa subsidiária situada no mesmo Estado onde está o EE (ou não existindo EE, mas existindo mais que uma empresa daquele grupo naquele Estado), não pode classificar-se automaticamente como EE. (sublinhado nosso).

Pese embora e conforme referimos supra, atualmente, a regra é que só as entidades detidas a 100% pelas empresas principais (tendo, assim, falta de personalidade jurídica face à empresa mãe, mas possuindo alguma autonomia económica, que, inclusive, permite tributá-los), estando em completa subordinação às mesmas, podem ser classificadas como EE's. As entidades relacionadas, associadas às mesmas, as chamadas filiais, já não contam como EE's automaticamente<sup>131</sup> - contam, antes, como entidades residentes naquele Estado contratante, pois detêm a sua própria personalidade jurídica.

Note-se, porém, que a empresa subsidiária pode ser considerada EE da entidade-parente, na medida em que seja enquadrável na definição de agente dependente da entidade-parente<sup>132</sup> ou na medida em que disponha de um espaço destinado à utilização pela empresa-parente<sup>133</sup>.

Nem sempre isto tem sido assim. Desde os anos 30 do século passado até sensivelmente o Modelo de México de 1943, entendia-se que é da livre disposição dos Estados contratantes incluir disposições que permitissem a tributação de empresas relacionadas a título de EE<sup>134</sup>. Atualmente, a independência das entidades associadas é garantida através da análise de cada grupo de empresas individualmente e não através da análise do grupo no seu total<sup>135</sup> e é garantida a independência da filial até prova em contrário, ou seja, estamos perante uma presunção ilidível, cujo ónus recai sobre a Autoridade Tributária do Estado da fonte interessado em garantir aquela tributação.

---

<sup>131</sup> Automaticamente salvo seja, pois para um EE ser considerado enquanto tal automaticamente, tem que haver verificação de todos os testes apresentados pelos números 1 a 5 do artigo 5.º.

<sup>132</sup> § 116, pág. 150 de *Model Tax Convention*...

<sup>133</sup> § 117, pág. 150 de *Model Tax Convention*...

<sup>134</sup> Conforme nota René Mayer – *Subsidiary as a Permanent Establishment (Artigo 5.º/7 OECD-MC)*, *Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 164 e ss.

<sup>135</sup> Esta alteração teve que ter lugar nos comentários da CMOCD em 2005, na sequência do Tribunal Supremo Italiano ter interpretado a regra no sentido de a análise ser do grupo em total (caso Philip Morris), conforme nota Leonardo Castro - *Problems Involving Permanent Establishments: Overview of Relevant Issues in Today's International Economy*, *The Global Business Law Review*, 2012, pág. 134.

No entanto, concordamos com a opinião expressa por René Mayer, pois pese embora esta regra está expressamente consagrada no corpo da norma, estamos perante uma presunção ilidível, pelo que caberá sempre uma análise pontual e casuística de todas as regras de identificação de um EE (contidas nos números anteriores do artigo 5.º da CMOCDE), até porque, conforme já foi notado previamente, verifica-se atualmente uma tendência de fragmentação abusiva de atividades principais dentro do Estado da fonte, de forma a evitar a classificação de entidades como EE's.

No âmbito da União Europeia, a regra é que não pode haver tratamento diferenciado entre as sucursais e filiais, pois o princípio da não discriminação impõe que a liberdade de livre estabelecimento<sup>136</sup> por parte de um empresário não pode ser condicionada pela escolha do elemento a constituir no outro Estado. Assim, é do livre entendimento do sujeito passivo não residente, optar por uma ou outra forma de direção de negócios no outro Estado, sendo que o tratamento das filiais e das sucursais deve ser o mesmo.

É o que o Acórdão Avoir Fiscal<sup>137</sup> estabeleceu em 1986, sendo que apenas em 1999, no Acórdão Companhie de Saint Gobain<sup>138</sup> esta ideia veio a ser reforçada pelo TJUE ao afirmar que a discriminação em função da forma adaptada constitui uma violação dos artigos 43.º e 48.º<sup>139</sup> e que independentemente da forma adaptada para conduzir negócios, um EE deve gozar de pleno e total benefício de tratamento idêntico às sociedades nacionais e residentes naquele outro Estado. Esta jurisprudência foi depois aprofundada no caso Commerzbank<sup>140</sup>, sendo que no caso Baars<sup>141</sup> esta liberdade foi ainda ampliada, pois o TJUE reconheceu que a participação no capital de uma sociedade (residente noutro

---

<sup>136</sup> Importa referir que a liberdade de estabelecimento compreende tanto a vertente singular, nomeadamente de estabelecimento dos trabalhadores noutros Estados como a liberdade societária, que permite às sociedades conduzir negócios noutros Estados através de um estabelecimento naquele território através de variadas formas – sucursais, subsidiárias, representações, filiais.

Por outro lado, a liberdade de estabelecimento não compreende apenas a liberdade de abrir negócio no outro Estado através da forma mais desejada. Assim, além dessa, destaca-se ainda a questão do tipo de tratamento nos impostos de saída aquando da transferência de residência fiscal e compensação de prejuízos fiscais nos grupos de sociedades. Cfr. João Sérgio Ribeiro, pág. 36 e ss do *Direito Fiscal da União Europeia*, Almedina Editora, 2019 e Ana Paula Dourado – *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Direta*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

<sup>137</sup> Acórdão n.º c-270/83.

<sup>138</sup> Acórdão n.º c-307/97.

<sup>139</sup> § 43 da decisão, correspondente aos atuais artigos 49 e 54 do Tratado de Funcionamento de União Europeia.

<sup>140</sup> Acórdão n.º c-330/91.

<sup>141</sup> Acórdão n.º c-251/98

Estado), sendo essa significativa ao ponto de ter peso de condicionar e influenciar as decisões da sociedade, constitui um EE<sup>142</sup>.

Por fim, nota Sabine Kristen<sup>143</sup> que, tal liberdade<sup>144</sup>, abrange não só os estabelecimentos primários, como também os secundários. Seguindo este pensamento, uma empresa tem direito não só a abrir um EE sob a forma que entender melhor noutro Estado, mas também manter um ou mais à sua disposição no Estado em causa, que beneficiarão de tratamento idêntico às empresas nacionais.

No entanto, podemos afirmar que o acordo existente no direito fiscal internacional relativamente à aplicação do princípio dos preços de transferência vai completamente de encontro com a regra consagrada no artigo 5.º/7 da CMOCDE, pois a regra essencial – verificar cada estabelecimento como se de um completamente independente se tratasse – tem cabimento no âmbito deste artigo. Porém, não podemos deixar de sublinhar a importância da análise conjunta do grupo empresarial num total, pois só assim poder-se-á evitar abusos com recurso às entidades filiais em vez dos EE's. No entanto, não obstante reconhecermos esta necessidade de análise conjunta, não podemos deixar de concordar com as dúvidas expressas por Maarten Wilde<sup>145</sup> – de que maneira será feita a articulação entre as novas disposições e as regras gerais consagradas nas legislações internas? Como será feita a divisão em termos de atribuição dos montantes a tributar? Que elemento do grupo terá que assumir o pagamento dos impostos devidos? São perguntas que por enquanto não têm resposta e Maarten Wilde expressa a sua preocupação com as possíveis incoerências que tal solução pode criar<sup>146</sup>.

Na nossa opinião, de forma a tornar mais clara a relação com as autoridades tributárias competentes para o apuramento da relação entre as empresas associadas e entidades parentes, as mesmas deveriam referir muito bem o seu objeto social e económico, de preferência especificando o que é atividade principal e o que é atividade preparatória ou auxiliar, de forma a garantir cumprimento das regras estabelecidas no *Country-by-*

---

<sup>142</sup> Nota João Sérgio Ribeiro que tal decisão foi posteriormente desenvolvida e confirmada pelos casos Cadbury e Thin Cap Group.

<sup>143</sup> Sabine Kristen - *Equal treatment of permanent establishments and subsidiaries?* Permanent Establishments in International Tax Law, Vol. 41, ed. Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 323.

<sup>144</sup> Consagrada no artigo 49 de Tratado de Funcionamento de União Europeia.

<sup>145</sup> Maarten Floris de Wilde – *Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?* *Intertax*, Vol.45, n.º 8 e 9, Kluwer Law International, 2017, pág. 561, nota 35.

<sup>146</sup> Idem, pág. 561.

*Country-Report*, conforme nota Fernanda Rubim<sup>147</sup> e evitar discrepâncias na classificação das atividades. Não podemos, no entanto, deixar de notar que a inclusão dessas regras exigirá uma maior cooperação entre as autoridades tributárias dos Estados, o que poderá ter os seus defeitos tanto para os problemas de soberania dos Estados, como para os recursos socioeconómicos da autoridade em causa<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Fernanda Rubim – *PE Risks...*, pág. 3.

<sup>148</sup> As críticas estão bem sumarizadas por Kevin Jestin – cfr. *Harmful Mutual Legal Assistance In Tax Matters Recent Trends and Challenge Ahead*, 2008, pág. 9-11.

## Capítulo V - O estabelecimento estável no direito nacional

### 5.1 O conceito interno

O direito nacional exige uma adaptação do conceito de EE, até numa lógica de aplicação das regras de distribuição de competências consagrado nos diversos instrumentos de direito fiscal internacional, nomeadamente na CMOCDE. Uma leitura atenta do nosso Ordenamento revela que, se este conceito não existisse no direito nacional, Portugal não teria de todo competências para ter pretensões de tributação dos não residentes com presença no território nacional através de EE's.

Assim sendo, é essencial que exista uma previsão do conceito no direito nacional e, sobretudo, que tratamento fiscal dar ao EE sito em território nacional.

Ora, Portugal, como membro da OCDE e tendo formalizado com sucesso diversas convenções bilaterais para evitar a dupla tributação<sup>149</sup>, atualmente tem este conceito adaptado e presente na legislação nacional.

Nota Miguel Serrão que “as autoridades fiscais têm em consideração os comentários da CMOCDE, tendo em conta as observações Portuguesas na interpretação e aplicação das provisões de acordo com a substância da Convenção Modelo. Por outro lado, a definição atual do estabelecimento estável existente no direito nacional adota, explicitamente, alguns elementos dos Comentários da OCDE”<sup>150</sup> (tradução livre nossa).

Tal transcrição prova que, de facto, os Comentários da CMOCDE têm mais peso nas relações fiscais internacionais entre os Estados, tendo em conta que há países que adotam os seus conceitos internos baseando-se na CMOCDE e nos seus Comentários. Porém, as indicações dadas nos Comentários não têm de ser obrigatoriamente seguidas e, pese embora, nota-se uma tendência de respeito e seguimento dos entendimentos consagrados nos Comentários, os Tribunais e a administração fiscal estão livres de adaptar visões e soluções diferentes e discordantes com os Comentários da CMOCDE.

---

<sup>149</sup> Neste momento, Portugal tem 79 Convenções de dupla tributação, “das quais 78 estão em vigor e 1 está assinada e aguarda entrada em vigor”, segundo a informação disponibilizada no site da Autoridade Tributária, disponível através do seguinte link: [http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/convencoes\\_evitar\\_dupla\\_tributacao/convencoes\\_tabelas\\_doclib/Pages/index-5623.aspx](http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Pages/index-5623.aspx), acesso a 4 de Nov. de 2019.

<sup>150</sup> Miguel Serrão – *Is there a permanent establishment?* In Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 94a, Internataional Fiscal Association, 2009 Vancouver Congress, Off-print, pág. 515.

Porém, nota Miguel Serrão que não há muita iniciativa administrativa ou jurisdicional para acompanhar a interpretação devida do conceito de EE – tal realidade baseia-se no facto de haver muito poucas disputas se existe, de facto, um EE em Portugal ou não<sup>151</sup>.

A história do conceito de EE em Portugal começa, em bom rigor, nos anos 70 do século passado, sendo que inicialmente o Código de Contribuição Industrial português nem definia o conceito *per se* e em 1970 o conceito nacional seguiu por completo o conceito adotado na Convenção Modelo<sup>152</sup>.

Com a introdução dos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares e coletivas, o conceito passou a ser mais abrangente – segundo Miguel Serrão, o conceito abrangia não só a lista “tradicional” equivalente à do artigo 5.º/2 da CMOCDE mas também as quintas, quintas de exploração, exploração florestal, minas de extração de recursos naturais, etc., ou seja, abrangia também as realidades hoje em dia tratadas pelo artigo 6.º da CMOCDE. Admitindo a verdade, o artigo 6.º da CMOCDE, de facto, atribui a mesma possibilidade de tributação ao Estado da fonte, onde tais explorações se situam, pelo que a solução seria a mesma, porém esta podia ser incoerente com as disposições da CMOCDE.

A razão para existência deste conceito mais abrangente baseia-se no facto que nos anos 80 do século passado, tal conceito permitia tributar com sucesso todos os não residentes dos Estados de residência que não tinham celebrado convenções de dupla tributação com Portugal, ou seja, esta pretensão cobria a maioria das situações, pois na altura Portugal apenas era signatário de oito convenções. Porém, tal discrepância entre os âmbitos de aplicação do conceito nacional e o conceito contido nas convenções foi objeto de críticas por parte da doutrina<sup>153</sup>.

Não obstante, consequentes Relatórios dos grupos fiscais nacionais no que toca à definição do conceito<sup>154</sup> e, pese embora o conceito internacionalmente adotado por Portugal nas suas convenções de dupla tributação seja de âmbito mais alargado do que o conceito nacional, as autoridades fiscais portuguesas não podem aplicar conceitos das convenções pois as convenções fiscais não podem atribuir mais poderes do que o direito

---

<sup>151</sup> Idem, pág. 517.

<sup>152</sup> Aliás, se passarmos a verificar os conceitos constantes no artigo 5.º do Decreto Lei n.º 442B/88 de 30 de novembro, que cria o CIRC e o conceito constante de artigo 5.º da CMOCDE, verificamos que o conceito português segue à letra o conceito da CMOCDE, sendo, na nossa opinião, melhor desenvolvido do que o conceito que lhe deu origem.

<sup>153</sup> Maria Celeste Cardona – *O Conceito...*, pág. 268 – 269.

<sup>154</sup> O Relatório do Comité para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal em 1996 e o Relatório do Comité para a Reforma da Tributação Internacional Portuguesa em 1999.



nacional. Nota Miguel Serrão a este propósito que, isto poderá levar a situações de tratamento desigual caso outro Estado contratante tenha adotado a mesma solução, mas o conceito nacional seja mais abrangente do que o conceito que existe nas convenções, torna-se especialmente notório tendo em conta que, atualmente, Portugal tem 78 e não apenas 8 Convenções assinadas.

Atualmente o conceito de EE consta do artigo 18.º/2 do CIRS e artigo 5.º do Código do Imposto sobre Rendimento das Pessoas Coletivas (doravante CIRC), seguindo de perto o conceito adotado inicialmente pelo Decreto-Lei 442 B-88, de 30 de novembro. Assim, em termos do CIRC, o EE será uma “instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola” (artigo 5.º/1 CIRC), ao passo que o CIRS identifica EE como uma “instalação fixa ou representação permanente através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial, agrícola, silvícola ou pecuária” (artigo 18.º/2 CIRS).

Notamos, porém, que o conceito por si, segue de perto o conceito internacionalmente aceite (no artigo 5.º da CMOCDE), porém tem as suas diferenças que, ao nosso ver, acabam por desenvolver melhor a realidade subjacente e fornecem ao intérprete e aplicador do Direito uma melhor ferramenta<sup>155</sup>.

O conceito, porém, é criticado pela doutrina que entende que aquando da tributação dos EE's de residentes nos Estados com quem Portugal não tenha celebrado Convenções de dupla tributação, a tributação será mais agravada, pois o nosso conceito interno é sensivelmente menos aberto às realidades. Além disso, entende Maria Celeste Cardona que o facto de os conceitos não coincidirem na sua totalidade, pode tornar Portugal menos atrativo para investimento<sup>156</sup>.

Concordamos com os ilustres autores, acrescentando a isto que, sendo o regime de tributação garantido pelas convenções mais atraente e mais benéfico para os não residentes, a disparidade em causa poderá levar a que Portugal seja objeto de *treaty-*

---

<sup>155</sup> Para o efeito, podemos atender à diferença temporal de 12 meses para 6 no caso de estaleiro de construção, sendo que, nota Luís Menezes Leitão que o prazo na lei interna conta individualmente para cada estaleiro, “não sendo relevantes as interrupções temporárias” – cfr. Luís Menezes Leitão – *O Conceito...*, pág. 148 dos Estudos. Por outro lado, notamos o desenvolvimento mais profundo do EE estaleiro, contido no texto do próprio artigo face ao conceito da CMOCDE. Pese embora não seria possível incluir comentários ao artigo da legislação nacional por não ser, de todo, a prática em Portugal, entendemos que facilita a leitura do intérprete que não domina a lógica do direito fiscal internacional e da CMOCDE.

<sup>156</sup> Maria Celeste Cardona – *O Conceito...*, pág. 269. No mesmo sentido, Luís Menezes Leitão – *O Conceito...*, pág. 149.

*shopping*, onde o não residente procurará manifestamente alterar os elementos de conexão, de forma a beneficiar da rede de convenções de dupla tributação que Portugal formou.

## **5.2 O conceito nacional em comparação com a nova redação proposta pela CMOCDE 2017**

Conforme referimos *supra*, o conceito de EE nacional segue de perto, mas não coincide na sua totalidade com o conceito de EE consagrado nas convenções de dupla tributação. No entanto, tendo em consideração as alterações mais recentes ao conceito de EE no âmbito da CMOCDE, importa analisar se esta tendência de aproximação entre os conceitos se manterá.

Ora, vejamos.

De acordo com as propostas de alteração do conceito de EE no âmbito do projeto BEPS, foram introduzidas algumas alterações ao conceito de EE constante na CMOCDE, nomeadamente no que toca às atividades de carácter preparatório ou auxiliar. Assim, pese embora o artigo 5.º/8 de CIRC refere exatamente as mesmas alíneas que o artigo 5.º/4 da CMOCDE, podemos alegar que todo o espírito do artigo 5.º/4 da CMOCDE (o que foi, inclusive, esclarecido pela OCDE), passa pela verificação que toda e qualquer atividade, seja ela abrangida pelas alíneas a) a d) do artigo ou seja ela diferente dessas, tem obrigatoriamente de obedecer ao requisito “extra” de ser, de facto, uma atividade de carácter preparatório ou auxiliar. Já no direito nacional, o artigo 5.º do CIRC não contempla nenhuma explicação relativamente a esta situação, deixando em aberto a questão: se a atividade desenvolvida através do EE for de armazenamento e exposição de bens, enquadrando-se, assim, na alínea a) do artigo 5.º/8 CIRC, será a mesma automaticamente considerada preparatória ou auxiliar? Ou terá a mesma que passar ainda pelo crivo do requisito extra de averiguar se a mesma, de facto, exerce atividades preparatório-auxiliares à empresa-parente? Pessoalmente consideramos que a tendência irá ser automaticamente considerar uma atividade como preparatório-auxiliar, o que poderá abrir porta aos abusos com recurso a esta figura.

Para o efeito, basta pensar num exemplo: uma empresa estrangeira A tem um armazém em Portugal, mas, no entanto, vende os bens para os residentes portugueses diretamente através do seu *website*, sendo as entregas a seguir efetuadas a partir do referido armazém. Por força das novas disposições do artigo 5.º/4 CMOCDE (assumindo que a convenção

de dupla tributação celebrada entre Portugal e a jurisdição de residência de empresa A segue a nova redação do artigo), conjugadas com o artigo 5.º/4.1 da CMOCDE, a empresa A terá EE em Portugal, ao passo que, por força do artigo 5.º/8/a CIRC, o armazém em causa não será considerado EE.

Outra alteração, que, aliás, comprova o resultado do exemplo acima referido passa pela criação do novo artigo 5.º/4.1 de CMOCDE. Através desta disposição, entende-se que não haverá lugar à exceção oferecida pela lista negativa se considerarmos a atividade da empresa-parente no Estado da fonte na sua totalidade (ie, em conjunto com as atividades desenvolvidas por esta entidade ou por entidades relacionadas com esta) e essa atividade desenvolvida naquele Estado seja considerada uma atividade unitária e plena.

Por fim, o artigo 5.º da CMOCDE aprofunda uma matéria que não está prevista no ordenamento jurídico português, nomeadamente a previsão relativa às entidades relacionadas. Assim, enquanto o conceito nacional prevê disposições especiais relacionadas com o regime de transparência fiscal, o regime internacional inclui uma cláusula de salvaguarda dos direitos dos sujeitos passivos a operar no Estado da fonte que prevê que, pese embora a atividade desenvolvida naquele Estado terá que ser vista e avaliada na sua totalidade, uma filial ou uma empresa relacionada não constituem automaticamente uma presunção de que aquela entidade é um EE da empresa-parente. Para isso, é preciso analisar a realidade subjacente sob vários prismas de testes e crivos de forma a determinar se naquele caso concreto há ou não EE oculto.

A regra interna portuguesa não prevê estas soluções, acabando por conter um conceito sensivelmente mais restrito do que o conceito internacional. Seria justo reforçar a ideia de que o conceito interno de EE segue de perto o conceito internacional, pelo que provavelmente será uma questão de tempo até ser atualizado, porém, até tal acontecer, Portugal corre o risco de perder a possibilidade de tributar um número muito significativo de EE's por estes não serem considerados EE's no âmbito nacional. Aliás, a situação será ainda mais dramática se considerarmos que Portugal pode ganhar direitos novos de tributação em virtude de algumas realidades passarem agora a ser classificadas como EE's<sup>157</sup>, mas, no entanto, não ter ferramentas internas necessárias para garantir a

---

<sup>157</sup> Isto se as convenções de dupla tributação celebradas entre Portugal e os restantes Estados forem adaptadas de acordo com a nova redação da CMOCDE.

tributação – pois as convenções de dupla tributação não atribuem direitos de tributação além dos que estão consagrados no ordenamento jurídico interno.

### **5.3 Estabelecimento estável de empresas portuguesas situado fora do território nacional**

Os EE's das empresas portuguesas sitos fora de território nacional terão de obedecer às regras internas do Estado em que os mesmos se situam, sendo que podem ser sujeitos a tratamento mais ou menos favorável, por serem equiparados aos residentes naquele Estado.

Relativamente ao tratamento dado aos rendimentos obtidos por esses na jurisdição da fonte, Portugal oferece diferentes tipos de tratamento de lucros e prejuízos do EE. Assim, as empresas portuguesas com EE's sitos fora de território nacional têm várias opções ao seu dispor.

A primeira está consagrada no artigo 91.º do CIRC e traduz o método de crédito que Portugal oferece sob os valores de imposto pagos na fonte, de forma a evitar dupla tributação jurídica, sendo que as empresas portuguesas poderão deduzir do seu montante tributável os valores pagos pelo EE a título de imposto sobre o rendimento na fonte ou uma fração de IRC, acrescida de devidas correções, sendo que será deduzido somente o valor que entre esses dois seja mais baixo, conforme nota o artigo 91.º/1 CIRC. Note-se, no entanto, que existindo uma convenção de dupla tributação entre Portugal e a jurisdição da fonte, a dedução será equivalente ao montante do imposto pago na fonte, conforme dispõe o artigo 91.º/2 CIRC. Podemos notar, no entanto, que este método não era isento de críticas pois podia facilmente levar à dupla tributação jurídica.

Esta opção era a única disponível aos residentes portugueses com EE's no estrangeiro. No entanto, com a Reforma do IRC de 2014 surgiu o conjunto normativo de *participation exemption*<sup>158</sup>, no âmbito do qual foi criada uma opção de tratamento alternativo da situação. Com o intuito de promover investimento português no estrangeiro, foi criado um regime que isenta os lucros distribuídos pelo EE de uma empresa portuguesa sito no estrangeiro.

---

<sup>158</sup> O Anteprojeto da Reforma de IRC 2013, pág. 122 e ss. Notamos, porém, que este regime igualmente tenta fazer uma equiparação no tratamento entre as sucursais e as filiais das empresas portuguesas sitas fora do território nacional – para o efeito, basta notar que o artigo 51.º do CIRC e 54.º-A do CIRC consagram requisitos idênticos.

O âmbito do regime é muito generoso pois isenta os lucros e os rendimentos obtidos na fonte de concorrerem para o cálculo de matéria tributável em Portugal<sup>159</sup>, porém obriga a que sejam cumpridos certos requisitos.

Os requisitos para funcionamento deste regime passam por saber se estamos perante um EE concretamente identificado e classificado como tal<sup>160</sup>; o EE reconhecido enquanto tal, deve ser sujeito e não isento de imposto (IRC ou equivalente). Acresce que a tributação no Estado, que será considerado residência, à taxa nominal, não pode ser inferior a 60% da taxa portuguesa, ou seja, tem de ser no mínimo 12,6%. Por outro lado, o EE não pode situar-se num país considerado paraíso fiscal<sup>161</sup>. Por fim, o imposto pago na fonte não pode ser inferior a 50% do imposto que seria devido em Portugal.

Optando por isenção, a empresa-parente tem que abranger todos os EE's que existem naquele Estado, proibindo a escolha de optar pela aplicação do regime somente aos EE's lucrativos. No mesmo sentido dispõe o limite temporal de 3 anos durante os quais, os EE's devem estar abrangidos pelo regime de isenção, caso haja opção a favor da utilização deste e, ainda, a disposição que estabelece que uma vez feita a opção de isenção, a isenção não começa a produzir efeitos enquanto os prejuízos dos 5 anos anteriores não forem compensados. Já na relação entre a entidade-parente e os EE's tem que ser observadas as regras de preços de transferência.

Esta solução tem como vantagem ser absolutamente neutro, evitando problemas do limite de crédito e eliminando a dupla tributação jurídica internacional. Por outro lado, se os resultados positivos não concorrem para a “estatística” em Portugal, os resultados negativos também não são considerados aquando da dedução a operar em Portugal.

#### **5.4 Estabelecimento estável de empresas estrangeiras situado em território nacional**

Importa ainda referir que tratamento é dado aos EE's das entidades estrangeiras situados em Portugal. Assim, numa lógica inversa, será claro que a existência em Portugal de um EE de uma empresa estrangeira, despoletará uma pretensão cumulativa de tributação,

---

<sup>159</sup> Sendo que estes valores continuarão a constar na contabilidade da empresa, refletindo o exercício dessa, não concorrendo, no entanto, para o cálculo da matéria coletável em Portugal.

<sup>160</sup> Se tivermos uma convenção de dupla tributação, o EE será o que a convenção estabelece como tal até porque Portugal quase nunca usa método de isenção nas convenções. Não existindo convenção, aplicamos o artigo 5.º de CIRC.

<sup>161</sup> Classificado como tal na Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

tanto por parte de Portugal, como por parte de outro Estado contratante (isto assumindo que o não residente com EE em Portugal é residente de um Estado que é signatário de uma convenção de dupla tributação com Portugal), sendo que Portugal será classificado neste caso como Estado da fonte.

A regra geral é que o tratamento dado pelo direito nacional aos EE's dos não residentes localizados no território português, passa pela equiparação dos mesmos aos nacionais, até porque é esta a regra estabelecida com respeito à liberdade de estabelecimento. Assim, os rendimentos obtidos em Portugal por parte de um EE (haja ou não uma convenção de dupla tributação em vigor entre Portugal e o Estado da residência da entidade cujo EE está para ser tributado), serão tributados a taxa de 21%<sup>162</sup>.

No entanto, existem ainda os regimes especiais. Assim, o artigo 51.º-D CIRC esclarece que as mais e menos valias, lucros e reservas distribuídas que sejam imputáveis a um EE sito em Portugal, não concorrerão para a determinação do lucro tributável desde que se trate dos EE's cujas entidades-parentes se situem nos Estados da UE, nos Estados de EEU ou nos Estados que não sejam considerados como paraísos fiscais<sup>163</sup> (neste último caso, o sujeito tem que ser sujeito e não isento do imposto na jurisdição da residência e deve haver, ainda uma convenção para troca de informações entre Portugal e Estado em causa).

Os requisitos a observar para beneficiar deste regime são os que são elencados na Diretiva 2011/96/UE e, ainda, no artigo 51.º, 51.º-A e 51.º-C *ex vi* artigo 51.º-D do CIRC. Entre os requisitos a observar destacam-se, então, a sujeição e não isenção ao imposto, detenção da participação do EE (o que parece ser preenchido automaticamente à partida), não abrangência pelo regime de transparência fiscal na jurisdição da residência e, ainda, respeito pela cláusula anti-abuso contida no preceito do artigo 51.º/10 CIRC. O artigo 51.º-D do CIRC remete para o artigo 51.º-B relativamente aos meios de prova de preenchimento dos requisitos.

---

<sup>162</sup> Cfr. artigo 87.º CIRC, porém conforme nota Gustavo Lopes Courinha, em 2010 criou-se a derrama estadual (para rendimentos a partir de um milhão e meio) que agora está em 9% e incide sobre o lucro tributável em vez de ser em matéria coletável, pelo que as empresas de grande dimensão não pagam 21%, pagam mais de 30%, com todas as derramas e sem poder ter em consideração os prejuízos dos outros anos – o que fará com que a sua tributação andará a volta dos 35%.

<sup>163</sup> Classificados como tal na Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

## Capítulo VI – O estabelecimento estável no contexto do Direito Europeu

Portugal é parte da União Europeia desde 1986, sendo que o pedido de adesão às Comunidades Europeias deu-se em 1977, porém, conforme nota João Mota de Campos, “o pedido português de adesão (...) deve ser visto na perspetiva de uma longa e gradual aproximação de Portugal às Comunidades Europeias que só poderia, contudo, culminar na adesão depois da instauração do regime democrático”<sup>164</sup>. Assim, quando terminou o período de entrada de Portugal no Espaço Europeu, o mesmo passou a beneficiar de todos os regimes comunitários, o que implica, igualmente, seja para bem ou mal, a aceitação de regras e diretrizes de ação comuns.

Assim, não é segredo que no âmbito da União Europeia, opera a ideia de harmonização do direito de forma a facilitar a aplicação do direito no âmbito da comunidade europeia.

Os problemas económicos mais recentes, nomeadamente a crise económica de 2008, demonstraram claramente a importância de adoção das políticas fiscais a nível europeu. Por um lado, refere João Sérgio Ribeiro<sup>165</sup> que sendo Euro a moeda única, “os Estados (...) há muito que perderam a possibilidade de usar a desvalorização da moeda como instrumento de condução da política financeira. Por outro lado, um ajustamento por via do aumento dos impostos e da redução da despesa pública não é suficiente para resolver todos os problemas, necessitando a própria União de receitas adicionais. (...) A solução passa por uma integração fiscal plena, designadamente ao nível da tributação de rendimento (...)”<sup>166</sup>.

O direito fiscal europeu, por outro lado, não compreende apenas a matéria dos impostos europeus<sup>167</sup>, como o nome parece sugerir, mas também as políticas de harmonização das matérias.

O direito fiscal, por sua vez, é uma matéria muito sensível, cuja regularização diferente em diferentes Estados, pode dar origem a litígios e problemas de interpretação. Assim,

---

<sup>164</sup> João Mota de Campos – *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário*, vol. I, 1ª parte, Braga Ed. Pax 1980, pág. 25.

<sup>165</sup> João Sérgio Ribeiro – *Direito Fiscal...*, pág. 11 e ss.

<sup>166</sup> Idem, pág. 11-12.

<sup>167</sup> Que, na visão de João Sérgio Ribeiro, são muito escassos, centrando-se, sobretudo, (na)”queles que são cobrados aos seus funcionários, os direitos aduaneiros da Pauta Aduaneira Comum e as quotizações à produção no setor do açúcar”, sendo que são esses que permitem tributar, não aos Estados onde estes rendimentos são originados, mas sim à própria União, constituindo assim uma das fontes de financiamento da mesma, não sendo, porém, a fonte mais lucrativa para a UE – cfr. João Sérgio Ribeiro – *Direito Fiscal*, pág. 14-15.

dado que as disposições e soluções adaptadas no âmbito de cada ordenamento jurídico podem diferir entre si, é importante haver um certo nível de uniformização das matérias fiscais de forma a permitir maior e mais facilitada interação entre as administrações fiscais e os sujeitos passivos, (não só nacionais, mas também internacionais) com a letra das leis fiscais.

Outra razão para justificar a importância da harmonização passa pelas matérias de tributação indireta, para permitir branquear a atividade fiscal entre os Estados e garantir maior controlo dos capitais em circulação – não só dentro da União Europeia, mas também para capitais que entram e saem dela. Dado que a comunidade fiscal internacional está, desde há alguns anos, a analisar o maior “inimigo” dos Estados em matéria tributária (a saber, fraude e evasão fiscais), torna-se especialmente evidente que um dos mecanismos de maior revolução e reforma na matéria fiscal de atualmente, foca-se essencialmente nestes.

Por fim, alega-se ainda a necessidade de garantir maior e mais facilitada comunicação entre as autoridades competentes dos Estados, que desempenham um papel importantíssimo no desenrolar das relações entre estes (igualmente não só dentro da União, mas também nas relações com países terceiros).

Não se nega a possibilidade de existência de doutrina que esteja contra a harmonização de matérias fiscais dentro da União, porém concordamos e subscrevemos a opinião expressa por João Sérgio Ribeiro – “não obstante os Estados Membros terem ainda um amplo poder tributário (sendo, aliás, a competência fiscal exclusiva), não podem, na sua ação legislativa, desconsiderar as imposições do direito da União Europeia. Aliás, o exercício do poder tributário dentro desses condicionalismos é, na verdade, uma expressão de soberania do próprio Estado, que, ao exercê-la, se vinculou aos tratados”<sup>168</sup>.

O problema, na nossa opinião, passa não pelas disputas entre as soberanias dos Estados que, reconhecendo, por um lado, a completa abertura do espaço dentro das fronteiras da União Europeia reclamam os poderes tributários precisamente no âmbito da sua soberania, mas sim pela existência e, melhor dizer, coexistência de sistemas e modelos fiscais que diferem entre si, causando problemas de interpretação e desentendimentos entre os sujeitos passivos dos diversos Estados envolvidos, Autoridades Tributárias competentes e legisladores. Não é, de todo, fácil conviver no tipo de organização

---

<sup>168</sup> Idem, pág. 23.



estrutural que é a União Europeia e isto é demonstrado precisamente nestes momentos de coesão. No entanto, não podemos deixar de reconhecer que é impossível aos Estados ter o sistema fiscal idêntico, até porque o sistema fiscal depende de outros ramos de direito. Assim, unificando por completo um deles, correríamos o risco de entrar em contradição com os restantes.

Aqui encontramos um paradoxo – por um lado, estamos perante um espaço único europeu, caracterizado por todas as liberdades que conhecemos e aceitamos: abertura de fronteiras, mercado comum regulado por leis de concorrência para promoção de um mercado mais competitivo, uniformização das matérias fiscais e não só para facilitar livre circulação de capitais, indivíduos e mercadorias; por outro lado, todos os Estados parte da União Europeia<sup>169</sup> continuam a ter a sua própria soberania, sobretudo soberania fiscal, que lhes permite garantir a cobrança de impostos, tanto dos residentes naquele Estado, como dos não residentes, ou seja, a soberania em causa exige reconhecimento de fronteiras para efeitos de cobrança de impostos.

O conceito de EE confirma, de certo modo, a existência deste paradoxo – por um lado, temos a abertura completa das fronteiras e liberdade de circulação e de instalação, mas por outro lado, estas fronteiras são bem definidas e bem traçadas, “fechando-se”, de certo modo, quando está em causa a tributação do sujeito passivo não residente, mas que obtém rendimentos através do EE aí situado.

Ora, as principais matérias e operações realizáveis no seio da União Europeia que envolvem EE foram objeto de harmonização por parte da União Europeia de forma a que seja possível contornar este paradoxo. Neste âmbito, podemos falar de três níveis de harmonização: regulamentação, harmonização por via de diretivas e jurisprudência do TJUE.

### **6.1 Regulamentação**

É o nível mais forte e exigente de harmonização no âmbito da União Europeia. Por essa razão, há vozes que consideram que não é harmonização, mas sim imposição de matérias de forma unilateral, por todo o espaço da União. O regulamento mais importante na área

---

<sup>169</sup> Atualmente são 27 Estados-Membros.

do direito fiscal, que igualmente diz, em parte, respeito aos EE's, é o regulamento que cria e regula a pauta única europeia<sup>170</sup>.

## 6.2 Harmonização por via de diretivas

É o segundo nível de harmonização no seio da União Europeia e corresponde à adaptação dos instrumentos jurídicos (diretivas), sujeitos a um período de transposição que estabelece a regulação de uma determinada matéria através de uma redação que será depois adaptada por cada um dos Estados membros, em função da respetiva tradução jurídica.

Cumprir referir que, este tipo de harmonização é sujeito a um maior controlo, pois cada Estado membro traduz a sua versão, inclusive de acordo com visões e práticas adotadas naquele Estado, pelo que a tradução pode consagrar uma solução diferente do texto da diretiva, alterando o sentido original, cujo objetivo era adaptar soluções semelhantes e compatíveis por toda a União.

As diretivas que atribuem mais atenção e desenvolvem ainda mais o conceito de EE, são as seguintes:

- i) Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003, doravante diretiva sobre Juros e *Royalties*<sup>171</sup>;
- ii) Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro de 2009, doravante diretiva sobre Fusões e Cisões<sup>172</sup>;
- iii) Diretiva 2011/96/CE do Conselho de 30 de novembro de 2011, doravante diretiva sobre Sociedade-mães e Sociedades-Filhas<sup>173</sup>.

A diretiva sobre Juros e *Royalties* dá a sua definição do conceito de EE no artigo 3.º/c), chamando, na versão portuguesa, de “estabelecimento permanente”. Nesta definição trata-se de “instalações fixas, situadas num Estado Membro, através das quais uma sociedade de outro Estado Membro exerce, no todo ou em parte, a sua atividade”.

Esta definição corresponde à ideia principal consagrada no artigo 5.º/1 da CMOCDE, porém, há que referir que a definição é pouco desenvolvida e bastante sucinta. A ideia

---

<sup>170</sup> “Uniformização da imposição aduaneira reclamada no ato de importação ou de exportação de mercadorias” conforme nota Maria Luisa Duarte na pág. 75 de *União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*, Almedina, 2017, 4ª Reimpressão.

<sup>171</sup> Cujas matérias são atualmente consagradas nos artigos n.º 14º e 96º de CIRC.

<sup>172</sup> Cujas matérias são atualmente consagradas nos artigos n.º 73º a 78º de CIRC.

<sup>173</sup> Cujas matérias são atualmente consagradas nos artigos n.º 51º e seguintes, 14.º e 91.º-A do CIRC.

desta diretiva passa, sobretudo, por eliminar a dupla tributação jurídica, funcionando como uma “mini-convenção” europeia interna, relativamente à matéria de juros e *royalties* exclusivamente.

Esta diretiva acaba por apresentar uma solução distinta da solução da CMOCDE: enquanto as convenções bilaterais tipicamente atribuem ao Estado da fonte competência de tributação de alguma percentagem do rendimento obtido pelo não residente naquele Estado (através do dito EE), esta diretiva estabelece uma tributação exclusiva na residência e isenta a fonte de tributar, mesmo que os rendimentos sejam obtidos na fonte através do EE aí situado.

A solução ao paradoxo parece ser ainda mais paradoxal porque neste caso, existindo entre o Estado A e B, uma convenção bilateral aplicável e aplicando-se a diretiva Juros-*Royalties*, a convenção bilateral só terá lugar para aplicação caso os requisitos da diretiva não sejam cumulativamente verificados. Se a diretiva se aplicar ao caso em concreto, a solução será a tributação exclusiva pela residência; já no caso de não aplicação da diretiva, a solução será a tributação cumulativa por uma taxa reduzida. A solução dentro da União Europeia passa, então, por um regime que vai ainda mais além daquele estabelecido na CMOCDE.

A diretiva sobre Fusões e Cisões trata da matéria do EE no seu capítulo III, onde dedica algumas disposições para definir o regime de tributação do EE no caso de fusão ou outra operação logística ocorrer. No entanto, este diploma não dá uma expressa definição de EE, remetendo para o efeito, para a definição constante nos ordenamentos jurídicos europeus. No caso português, será então aplicável o artigo 5.º do CIRC.

A diretiva sobre Sociedades Mães e Sociedades Filhas, estabelece no seu artigo 2.º/b), que o EE é “qualquer instalação fixa, situada num Estado membro, através do qual uma sociedade de outro Estado membro exerce, no todo ou em parte, a sua atividade, na medida em que os lucros desta instalação fixa sejam sujeitos a imposto no Estado membro em que estiver situada, por força da convenção fiscal bilateral aplicável ou, na ausência de tal convenção, por força do direito interno”.

Esta definição é aproximada ao conceito contido no artigo 5.º/1 da CMOCDE, excluindo, porém, o EE estaleiro de construção e EE agência.

Não desenvolvendo esta matéria a fundo, podemos igualmente concluir que se trata de um mecanismo que, quando preenchidos certos requisitos<sup>174</sup>, permite aliviar a dupla tributação económica e tributar apenas ao nível dos lucros da sociedade filha (ou EE, para os efeitos da presente análise).

### **6.3 Harmonização por via da jurisprudência do TJUE**

Este é o método de harmonização menos comum e com maior nível de fraqueza, em comparação com os outros dois meios analisados anteriormente, porém, é um método através do qual o TJUE cria direito e vincula os Estados-Membros a segui-lo, implicando, por vezes, a alteração forçosa da legislação nacional, caso esta seja desconforme com o decidido pelo Tribunal.

Como é de esperar, o poder que o TJUE tem na criação de direito fiscal pode ser sempre contestável com base na falta de base política para legitimidade para tal, e a doutrina, inclusive, adota diversas posturas perante tal meio de harmonização – o leque é diverso, que abrange tanto posições a favor da jurisprudência do TJUE, reclamando maior poder para o mesmo em detrimento da soberania dos Estados, como autores que se pronunciam contra esta liberdade do TJUE em definir matérias unilateralmente e impondo tais decisões aos Estados<sup>175</sup>, podendo, no limite, pôr em causa a segurança jurídica dos sujeitos passivos.

Assim, o TJUE já se pronunciou algumas vezes a propósito do EE no contexto europeu. Normalmente, quando TJUE considera existir, de facto, uma restrição da liberdade de estabelecimento, há lugar a aprofundamento da matéria relacionada com EE.

Assim, o caso *Avoir Fiscal* estabeleceu duas ideias importantíssimas para o conceito de EE, sendo uma delas consagrada expressamente pela primeira vez e traduzida na ideia de que o EE do não residente é equiparado ao do residente para todos os efeitos fiscais, criando esta ficção de autonomia completa do EE face à entidade-parente e garantindo a igualdade de tratamento entre as entidades. Outra ideia passa pela noção de coerência do sistema, em que o Tribunal está a admitir que o sistema pode ter coerência própria e esta pode passar por não estender benefícios aos não residentes com EE porque são tributados

---

<sup>174</sup> Sobretudo haver uma participação de 10% durante no mínimo 12 meses, não fazer parte das sociedades transparentes, a sociedade-filha tem que ser sujeita e não isenta a uma taxa não inferior a 12.6% etc.

<sup>175</sup> Michael Graetz e Alvin Warren – “Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe”, *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, pág. 1118.

de maneira diferente, mas também parece sugerir uma ligação direta entre os regimes de vantagens e desvantagens a que seja sujeito o EE do não residente.

Já o paradigmático caso Saint-Gobain, resultou na criação de jurisprudência que reconheceu que não deve haver distinção de tratamento dos diferentes tipos de EE's – seja sucursal, seja filial, a lógica é que é um EE deve ter sempre tratamento igual por parte da legislação nacional do Estado membro, sendo que nem o princípio da reciprocidade pode justificar tratamentos diferentes. Atualmente, o TJUE não aceita nenhuma justificação para manter inalterada uma situação em que diferentes EE's possam ser objeto de tratamento diferente.

Por outro lado, este acórdão definiu uma solução importante no âmbito das convenções internacionais, defendendo que a liberdade de estabelecimento passa por proibir tratamentos discriminatórios, inclusive no direito externo, que deve ser interpretado de acordo com as exigências europeias.

Isto levanta sérios problemas: quer isto dizer que o EE de qualquer empresa europeia, aberto em qualquer país, mesmo fora da União Europeia, passa a ser sujeito convencional de convenções bilaterais? A resposta a esta pergunta, na ótica do Tribunal, é positiva: existindo convenções aplicáveis, o EE do não residente têm acesso às redes convencionais porque nesta ótica, os EE's são sujeitos de convenções.

Os casos ICI<sup>176</sup>, Lankhorst<sup>177</sup>, Marks and Spencer<sup>178</sup>, Cadbury-Schweppes<sup>179</sup>, pese embora não tratem diretamente da matéria do EE por si, demonstram o desenvolvimento da matéria no âmbito do planeamento fiscal abusivo e evasão fiscal, analisando situações em que estavam em causa EE's de não residentes e qual tratamento que deverá ser dado aos mesmos.

---

<sup>176</sup> Acórdão n.º c-264/96

<sup>177</sup> Acórdão n.º c-324/00

<sup>178</sup> Acórdão n.º c-446/03

<sup>179</sup> Acórdão n.º c-196-04

## Capítulo VII – Economia Digital e a sua presença atual no mundo fiscal.

### 7.1 Introdução

Feita a análise “estática” do conceito de EE real na perspetiva de um conhecimento profundo da realidade subjacente ao mesmo nas diferentes dimensões espaciais, torna-se importante adequar o EE à realidade atualmente vivida.

O conceito de EE foi criado para dar resposta prática às pretensões tributárias do Estado da fonte quando sejam verificados certos critérios substantivos, tendo sido, inclusive, pensado de maneira a permitir bastante flexibilidade, para incluir a totalidade dos modelos de direção de negócios possíveis e imagináveis. Porém, o sistema foi criado numa altura em que não era possível prever em que dimensão será realizado o desenvolvimento posterior.

No entanto, presenciamos uma realidade em constante desenvolvimento, e, se tentarmos analisar as razões subjacentes à necessidade de adequação do sistema fiscal à realidade e tentarmos entender o que deu origem a esta realidade, verificaremos que a comunicação sempre foi a pedra basilar para o bom funcionamento da vida social numa comunidade organizada e hoje em dia é impossível imaginar o nosso mundo sem comunicação e sem meios de comunicação instantânea. Atingimos um limite nunca conseguido, onde a comunicação é a verdadeira base para todas as relações interpessoais que podemos imaginar – sociais, económicas, comerciais.

Na nossa opinião, a última mudança de paradigma no sistema da comunicação, teve a sua origem com a massificação do acesso à Internet e com a criação do sistema de hiperligações, que permite decodificar a linguagem *html*, permitindo visualizar o conteúdo das páginas online<sup>180</sup>. Por outro lado, tal massificação deu-se em muito aos avanços tecnológicos paralelos, que permitiram diminuir o custo de acesso aos equipamentos portáteis que garantem acesso à rede mundial numa questão de segundos.

---

<sup>180</sup> Pese embora foi em 1962 que Marshall McLuhan introduziu o conceito de Aldeia Global na discussão doutrinária das ciências humanas, foi precisamente com o desenvolvimento e massificação da Internet que a globalização tomou rumos ainda mais acelerados, tornando o mundo numa verdadeira aldeia global - cfr. Marshall McLuhan - *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of Toronto Press, 1962. Nota, inclusive, José de Oliveira Ascensão que “mais do que um fruto da globalização, a Internet representa um dos principais instrumentos desta”. cfr. Prefácio de *O Comércio Electrónico em Portugal - o Quadro Legal e o Negócio*, 2004, disponível através do seguinte link: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=718378>, acesso em 16 de Fev. de 2020.

Por outro lado, houve o desenvolvimento de novas tecnologias que permitem todo o tipo de interação social facilitada, tornando o mundo num espaço pequeno e facilitando diferentes tipos de serviços. As infraestruturas estaduais e intraestaduais acompanham este avanço, permitindo interação virtual com os cidadãos e residentes no Estado. Florescem novas profissões ligadas ao espaço virtual e novos modelos de organização negocial.

## **7.2 A globalização**

A comunicação permitiu não só uma multiplicação de serviços oferecidos e procurados, a facilidade de comunicação permitiu uma expansão do fenómeno de globalização nunca vista.

É um dado adquirido que o fenómeno de globalização é um fenómeno deveras atual e jamais pode ser ignorado, pois permite a maior liberdade na circulação de pessoas e capitais, materiais e negócios, afetando, de certo modo, todas as áreas da nossa vida.

Existem vários conceitos que ajudam a definir o conceito de globalização, sendo que estes variam em função da realidade que pretendem descrever<sup>181</sup>, porém torna-se importante definir de forma generalista um conceito tão influente nas nossas vidas. Anthony Giddens apresenta uma resposta, definindo a globalização como “... a intensificação das relações sociais à escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que as ocorrências locais são moldadas por acontecimentos que se dão a muitos quilómetros de distância”.<sup>182</sup>

Manfred Steger, por sua vez, nota na sua definição todas as outras características que associamos tipicamente à globalização, caracterizando a mesma como “um conjunto multidimensional de processos sociais que criam, multiplicam, expandem e intensificam as interdependências e interações sociais a nível mundial, ao mesmo tempo que promovem nas pessoas uma consciencialização crescente sobre o aprofundamento das conexões entre locais e distantes”<sup>183</sup>.

## **7.3 A globalização económica**

Ao falar de globalização, não podemos deixar de destacar a própria ramificação da globalização que é a globalização económica que constitui uma mudança radical de

---

<sup>181</sup> Globalização no âmbito de internacionalização, liberalização ou universalização, por exemplo.

<sup>182</sup> Anthony Giddens – *The Consequences of Modernity*. Polity Press. Cambridge, 1991. Pág. 70-78.

<sup>183</sup> Manfred Steger – *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003, pág. 13.

paradigma, caracterizado pela completa alteração das formas de organização e relação entre os agentes económicos nos mercados.

Assim, com a facilidade que se tem verificado no que toca ao acesso à comunicação, a mesma tornou-se mais acelerada e direta. Já não se envolvem agentes intermédios, pois é possível comunicar diretamente com os potenciais clientes e interessados. Para além de haver um grande desenvolvimento industrial e divisão internacional de trabalho, o custo do mesmo diminuiu em função da facilidade de procura de mão-de-obra, o que permite oferta mais diversificada e mais acessível.

As cadeias de comunicação e distribuição tornaram-se mais diretas, o que contribui para a velocidade na comunicação e satisfação direta das necessidades das pessoas. O marketing ganhou todo um poder especial e reforçado, pois agora, num mercado caracterizado pela forte concorrência, os padrões de ocupação do lugar significativo no mercado já não são os mesmos que eram há uns tempos e é o papel do marketing criar publicidades cada vez mais originais e psicologicamente manipuladoras de forma a angariar mais clientela digital.

O próprio conceito de mercado mudou por completo – enquanto até aos tempos recentes, o conceito de mercado normalmente era focado mais no mercado nacional e nas manifestações de interesse por parte dos agentes económicos, mas com um certo respeito pelas fronteiras físicas do Estado (até por uma questão alfandegária). Atualmente ao falar de mercado, automaticamente presumimos um mercado global, não restrito às fronteiras físicas e reconhecidas internacionalmente pelos Estados pois a globalização económica trouxe uma facilidade incrível de abrir o mercado de oferta e procura muito além das fronteiras.

Falando de globalização económica, não podemos não falar em como os comportamentos dos agentes mudaram. Assim, com a facilidade de oferta e de procura, que, com a propagação de meios de comunicação portáteis<sup>184</sup> e com a divulgação de pacotes de acesso à Internet cada vez mais atrativos, facilitou em muito acesso à cultura de consumismo. Assim, encontramos-nos à distância de um *click* para adquirir algo diretamente ao vendedor e passado uns dias ter em nossa posse o novo pertence e usufruir dele. Na maioria das vezes nem precisamos de comunicar com as pessoas nem tirar

---

<sup>184</sup> Estamos a pensar nos *tablets*, *smartphones*, *smartwatches* e outras maneiras de ter acesso instantâneo ao mundo de informações e possibilidades.



dinheiro físico da nossa carteira, pois o sistema de pagamentos também opera *online*, o que facilita em muito a nossa capacidade de manifestação de interesse em algum produto, de adquirir algo e de manifestar o nosso desagrado, caso o produto não seja de acordo com os nossos padrões.

Por fim, não podemos deixar de apontar que as principais desvantagens que se associam à globalização económica passam por desigualdade social, aumento de dívidas dos Estados mais pobres e movimentação social para os países mais ricos.

#### **7.4 O comércio eletrónico e digital**

Algo que tem contribuído de forma positiva para o desenvolvimento rápido e eficaz das comunicações e transações à escala mundial é, precisamente, o comércio eletrónico que se deu, em grande parte, com a massificação da Internet. Acrescentando a isto, nota José de Oliveira Ascensão que “podemos afirmar que a realidade do comércio eletrónico deve grande parte do seu sucesso à confluência única entre a tecnologia, a criatividade e o capital”<sup>185</sup>.

No entanto, pese embora é tão presente nas nossas vidas, o fenómeno de comércio eletrónico é deveras recente – até à criação e expansão da Internet, o comércio eletrónico era uma realidade pouco comum na vida quotidiana das pessoas. A primeira tentativa de implementação do mesmo ocorreu nos anos 70 sobretudo entre os bancos, “que consistia na realização de transferências electrónicas de fundos entre bancos que funcionavam com a segurança das redes privadas, conseguindo-se, assim, otimizar os pagamentos electrónicos através da troca electrónica de informação entre as instituições financeiras”<sup>186</sup>.

Nos anos 80 tornou-se possível transferir ficheiros entre os computadores através de FTP (*File Transfer Protocol*) e trocar mensagens instantâneas. Porém, só com a criação de World Wide Web (WWW) e desenvolvimento do sistema de páginas com hipertexto é que se tornou possível facilitar a comunicação e, sobretudo, a expansão da Internet como meio de comunicação<sup>187</sup> é que o comércio eletrónico transitou para a era de comércio digital.

---

<sup>185</sup> *Manual de comércio electrónico...*, pág. 14, acesso a 16 de fevereiro de 2020.

<sup>186</sup> *Idem*, pág. 14.

<sup>187</sup> Foi criada nos anos 60 como sistema de comunicação e prevenção de ataques militares e nucleares, resultando como consequência da criação de diversas componentes do computador, rapidamente se tornou objeto de interesse comunitário para fins académicos e, posteriormente, para fins de lazer. Sendo a Internet uma rede de computadores ligados entre si que permite a comunicação breve, é mais que isso – nota a este propósito William Fox que a “Internet (...) é, talvez, única conjugação de aparelhos eletrónicos com o

Nota a este propósito Rita Calçada Pires, segundo a qual “podemos dizer que a economia digital contém e-comércio”<sup>188</sup>.

O comércio eletrónico pode ser caracterizado de diversas maneiras. Assim, “uma definição preliminar poderia resumi-lo ao ato de realizar negócios por via eletrónica. Contudo, esta seria uma forma muito simplista de caracterizá-lo (...)”<sup>189</sup>. A ANACOM acaba por caracterizar o comércio eletrónico como “todo o processo pelo qual uma encomenda é colocada ou aceite através da Internet, ou de outro qualquer meio eletrónico, representando, como consequência, um compromisso para uma futura transferência de fundos em troca de produtos ou serviços”<sup>190</sup>, partindo, por sua vez, da definição básica de comércio dada por IDC.

O típico caso de comércio eletrónico, nas palavras de Gustavo Lopes Courinha, consiste num “conjunto das transações comerciais de bens ou serviços, realizada por via de computadores ligados à Internet, entre vários sujeitos que podem ou não residir na mesma jurisdição”<sup>191</sup>. Esta definição aproxima-se à que foi dada pela OCDE e adotada pelo Eurostat<sup>192</sup>.

Acrescenta a ANACOM que “o comércio electrónico incluirá, assim, o valor de todas as transacções resultantes de uma ordem explícita de compra realizada através de qualquer meio electrónico (...) e de, por essa via, se assumir um compromisso de transferência de fundos em troca de bens ou serviços”<sup>193</sup>.

Nota Pedro Catarino<sup>194</sup> que atualmente podemos ter três critérios principais que geram comércio eletrónico:

---

pensamento e interação humana” (tradução nossa) – cfr. *International Commercial Agreements and Electronic Commerce*, Wolters Kluwer, 5ª Edição, pág. 191.

<sup>188</sup> Rita Calçada Pires – *Uncovering a brave new world on taxation: income from digital economy in International Taxation: New Challenges*, 2017, Universidade do Minho, Faculdade de Direito, sob coordenação académica de João Sérgio Ribeiro, pág. 44.

<sup>189</sup> ANACOM – *Manual...*, pág. 15, acesso a 17 de Fev. 2020.

<sup>190</sup> Idem, pág. 15.

<sup>191</sup> Gustavo Lopes Courinha – *Tributação Direta Das Pessoas Colectivas No Comércio Electrónico – Questões de Residência e Fonte* in Estudos de Direito Fiscal Internacional, AAFDL, 2015 pág. 119.

<sup>192</sup> “A transacção de bens e serviços entre computadores mediados por redes informáticas, sendo que o pagamento ou entrega dos produtos transacionados não terá que ser, necessariamente, feito através dessas redes”, pág. 15 do manual da ANACOM, acesso a 16 de Fev de 2020. No mesmo sentido, veja-se Richard Doernberg e Luc Hineekens - *Electronic Commerce and International Taxation*, Kluwer, 1999 e Cristian Gárate *The Fixed Place...*, pág. 48.

<sup>193</sup> ANACOM – *Manual ...*, pág. 16-17, acesso a 16 de Fev. 2020.

<sup>194</sup> Pedro Catarino - *A Erosão...*, pág. 53.

- i) Critério subjetivo, que “dá destaque ao tipo de intervenientes envolvidos na transação” – entre sujeitos passivos e empresas, entre empresas e compradores, entre sujeitos e administração pública<sup>195</sup>;
- ii) Critério sistemático, que distingue entre o comércio tradicional e comércio eletrónico;
- iii) Critério “quanto à forma”, que traça diferenças entre comércio eletrónico de bens incorpóreos (comércio eletrónico direto) e comércio de bens corpóreos com consequente entrega dos mesmos por “tradicionais canais de distribuição”<sup>196</sup>.

O comércio eletrónico trouxe imensas vantagens e desvantagens. Uma das vantagens é que esta abertura permitiu a multiplicação dos agentes económicos a oferecer diversas prestações de serviços e venda de bens por todo o mundo, alterando padrões de cadeias de distribuição existentes, reduzindo os custos de produção e distribuição e abrindo, de um modo geral, as fronteiras do mercado. Comodidade, rapidez, diversidade de escolha, seja em termos de produtos, seja em termos de preços, facilidade de comunicação com os produtores, tudo isto atribui ao comércio *on-line* uma atração incalculável.

Temos um conjunto de fatores que contribuem para esta realidade ser de tão fácil execução e tão fácil acesso a todos os interessados – constante competição e concorrência, facilidade de comunicação com os vendedores e produtores, interesse por ideias novas e ocupação de espaços vazios, no sentido de criar e divulgar tecnologias ou produtos pioneiros.

### 7.5 A visão da OCDE

Segundo a definição da OCDE, “a economia digital é o resultado do processo de transformação trazido a cabo por tecnologias de informação e comunicação (TIC), que tornou as tecnologias mais baratas, mais potentes e largamente padronizadas, improvando os objetivos de negócio e facilitando inovação em todos os setores de economia”<sup>197</sup> (tradução livre nossa). Podemos notar a este propósito que as referidas tecnologias de

---

<sup>195</sup> Esta última, representando o esforço estadual em facilitar a comunicação entre os particulares e a Administração Pública, acaba por impor este tipo de interação entre as partes, abandonando o percurso tradicional de comunicação mais pessoal entre os interessados e a Administração.

<sup>196</sup> Pedro Catarino – *A Erosão...*, pág. 54.

<sup>197</sup> OCDE - *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>, pág. 32.

informação e comunicação, por sua vez, são o resultado da globalização, precisamente, que permitiu facilitar a troca de informações e desenvolver as tecnologias com maior facilidade.

Daniel Blum<sup>198</sup> entende que o conceito de economia digital nem sequer é definido. Afinal o que parece ser mais importante é a maneira de como a mesma afeta o sistema fiscal e como podemos encontrar soluções para adaptá-lo e não a definição por si<sup>199</sup>.

Devido a isso, a própria OCDE reconhece que as economias digitais são atualmente tão frequentes e presentes, que já podem ser consideradas economia *per se*, pelo que seria estranho e difícil separar a economia digital das restantes, causando tratamento especial para efeitos de tributação. Daí que a Ação 1 assume um tom generalista ao identificar o problema no geral e propor algumas das soluções ao mesmo.

A maioria da doutrina entende que não se pode separar a economia digital da economia tradicional, considerando que a economia digital já faz parte integrante de economia no seu geral<sup>200</sup>. Assim, a tendência varia entre adotar conceitos existentes às novas realidades ou criar conceitos completamente novos, deixando os existentes a servir de base, mas inalterados.

Concordamos com Reuven Avi-Yohan que entende que todo o problema que levou à necessidade da criação do BEPS reside na utilização da economia digital e isto é de tal forma atual, que o grupo de trabalho destacado especificamente para analisar o impacto

---

<sup>198</sup> Daniel Blum - *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined*. Bulletin for International Taxation 69, no. 6 (2015), pág. 315.

<sup>199</sup> No mesmo sentido veja-se Peter Hongler e Pasquale Pistone – *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the Era of the digital economy*, IBFD Working Papers, 2015, pág. 12.

<sup>200</sup> A doutrina, em bom rigor, concorda que não se pode limitar (“ring-fence”) a economia digital. Neste sentido veja-se: Lisa Spinosa e Chand, Vikram – *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Vol. 46, n.º 6 & 7, Kluwer Law International, 2018; Ana Paula Dourado - *The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution.*, Editorial, Intertax, vol. 48, n.º 1, Kluwer Law International, 2020; Alexandra Bal – *Halfway towards Consensus or Chaos? Taxation of the digital economy at the crossroads*, IBFD, 2018; Yariv Brauner e Pasquale Pistone - *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, Bulletin for International Taxation vol. 72, n.º 4a/Special Issue, 2018; Karina Ponomareva - *Comparison of Proposals to Adjust the Permanent Establishment Concept to the Digital Economy*, vol. 73, n.º 11, 2019 e Wolfgang Schon - *Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy*, Bulletin for International Taxation, abril/maio de 2018.

da economia digital<sup>201</sup> não consegue prever o futuro do seu desenvolvimento, não podendo, assim, oferecer soluções a longo prazo<sup>202</sup>.

A Ação 1 de Projeto BEPS ocupou-se de sumarizar o impacto da economia digital e preocupa-se com algumas situações onde a implantação dessas exige intervenção e alteração do regime existente. Neste caso, falamos do conceito de EE e a sua qualificação como tal, preços de transferência e a sua determinação para efeitos de tributação no que toca, sobretudo, às intangíveis e às recomendações quanto às regras CFC. Por outro lado, nesta Ação, a OCDE alerta para os desafios que a economia digital coloca transfronteiriçamente, nomeadamente a recolha de IVA nas transações internacionais.

---

<sup>201</sup> *Task Force on the Digital Economy (TFDE)*, criado em 2013 como parte do Comité dos Assuntos Fiscais.

<sup>202</sup> Reuven Avi-Yohan *Evaluating BEPS...*, pág. 29.

## Capítulo VIII – As alterações mais recentes ao conceito de estabelecimento estável

### 81. Introdução

O direito fiscal vive nesta nova realidade que nunca pára, porém, parece-nos, à primeira vista, que o mesmo não está a conseguir acompanhar esta atualidade de forma muito eficaz.

O comércio eletrónico abandona a ideia de materialização. Atualmente, pensando numa era digital, verificamos diversas manifestações desta, que estão cada vez mais presentes no dia-a-dia. Por outro lado, a desmaterialização permite facilitar os processos que associamos à lógica de comércio tradicional – angariar clientela com base no rigor, aparência sólida, excelentes qualidades pessoais, exigência de forte e estável presença física e investimento em capital humano. Deixou de haver necessidade de existência do espaço físico equipado para os efeitos de apresentação de produtos oferecidos.

Outra razão que justifica os crescentes problemas, passam pelas limitações que a soberania estadual vive. Desta maneira, Rita Calçada Pires compreende que por um lado, as próprias convenções de dupla tributação atribuem a necessidade de autolimitação por parte do Estado “pois condicionam os direitos fiscais, geram obrigações e reestruturam atuações para a Administração Fiscal”<sup>203</sup>. Por outro lado, a mesma autora sustenta a ideia que a concorrência fiscal agressiva, por sua vez também limita a soberania estadual, pois os Estados vêm-se obrigados a alterar as suas políticas fiscais e estratégias nacionais de forma a serem mais atrativas. Por outro lado, os Estados-Membros da União Europeia vêm a sua soberania especialmente reduzida em virtude da necessidade de colaboração no plano das liberdades e princípios do direito comunitário.

Podemos, ainda, acrescentar que a soberania fiscal pode ser posta em causa com a crescente dependência que tem sido imposta às Autoridades Tributárias nacionais no que diz respeito à troca de informações e a necessidade de intercolaboração<sup>204</sup>. Assim, os Estados vêm-se completamente dependentes da relação com as autoridades competentes de outras jurisdições de forma a apurarem melhor a situação económico-financeira e fiscal dos seus contribuintes.

---

<sup>203</sup> Rita Calçada Pires – *Manual...*, pág. 21. No mesmo sentido esta autora pronuncia-se na sua Tese de Doutoramento - *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do comércio Electrónico, Desvendar mitos e construir realidades*, Edições Almedina, 2013.

<sup>204</sup> No mesmo sentido, idem, pág. 22.

Romano Enzweiler acrescenta o problema da criação e crescimento de paraísos fiscais<sup>205</sup>, que facilitam a rápida movimentação de capitais entre Estados potencialmente interessados naqueles capitais. Para este autor, a desadequação dos mercados financeiros (e a desadequação da reação dos mesmos às novas realidades, na nossa opinião) e “as novas preocupações e as novas funções dos tributos (e.g. a defesa do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável)”<sup>206</sup> são uma forma de limitação forte de soberania.

Os conceitos de “residência” e “fonte” também aparentam sofrer vícios resultantes da mobilidade de pessoas e capitais. Os Estados da residência no contexto global entendem que o local de residência já não tem o peso que tinha dantes<sup>207</sup>. Já os Estados da fonte reclamam a sua fatia de tributação na medida em que grandes multinacionais vendem os seus bens e serviços diretamente, sem necessidade de presença física, o que impede aos Estados da fonte tributar porque o conceito de nexo exigível baseia-se na existência física<sup>208</sup>.

## 8.2 O estabelecimento estável no contexto do comércio automatizado

Podemos afirmar que o conceito de EE transitou para a nova era acompanhando o comércio automático. Assim, mencionando os EE's automáticos, que não têm necessidade da presença e intervenção da figura humana, estamos a pensar sobretudo em máquinas de

---

<sup>205</sup> Romano José Enzweiler – *Os Desafios de Tributar na Era da Globalização*, Diploma Legal, 2000, pág. 116 e ss. Nota Avi-Yohan que a popularidade dos paraísos fiscais passa, sobretudo, por dois critérios: taxas tributárias altamente atrativas por um lado e, por outro lado, a não obrigatoriedade em identificação dos beneficiários efetivos / sócios das sociedades multinacionais – cfr. *Evaluating BEPS*, pág. 20. Como medidas de solução, Gabriel Zucman propõe um registo mundial dos benefícios e rendimentos, que seria utilizado pelos Estados e administrações tributárias locais de forma a atingir a completa transparência fiscal, em conjugação com os mecanismos de transmissão e partilha de informações. Se os Estados considerados paraísos fiscais não colaborassem, Zucman propõe a aplicação de leves sanções aos mesmos de forma a obrigar a colaborar coercivamente. Porém, Avi-Yohan crítica esta medida, pois alega que seria, por um lado, impossível aplicar sanções a todos os paraísos fiscais ao mesmo tempo e, por outro lado, duvida que haja muita adesão dos Estados que dependem das exportações para aquele país para manutenção da economia interna. Assim, este autor entende que a reputação internacional é um fator de prestígio para os Estados, pelo que simples “*public shaming*” será uma medida suficiente – cfr. *Evaluating BEPS*, pág. 20 e ss. e Gabriel Zucman – *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*, University of Chicago Press, 2015.

<sup>206</sup> Rita Calçada Pires acrescenta que tais preocupações estão diretamente ligadas aos fatores de mobilidade, flexibilidade e ainda da falta de reação do poder público – cfr. *Manual ...*, pág. 20.

<sup>207</sup> O local de incorporação já não precisa de estar, necessariamente, num lugar físico e o local de direção também já não necessita de presença executiva no Estado, bastando operar *online*.

<sup>208</sup> A lógica de contraprestação mudou – se dantes os Estados da fonte alegavam que a ligação com o seu território é justificada na medida em que haja contraprestação de serviços estaduais ou infraestruturas, atualmente podem alegar que a contraprestação consiste no capital humano – utilizadores que contribuíram para a formação daquele lucro. Porém, é precisamente este o objetivo do Capítulo seguinte, em que estudaremos as alterações mais recentes ao nexo de presença física, em que é baseado o conceito de EE.

venda automática<sup>209</sup>, máquinas de jogos e, a esta lista acrescenta Cristian Gárate “postos de gasolina automáticos, plataformas de perfuração, equipamentos portáteis para obtenção de informação, equipamento para pesca”<sup>210</sup> (tradução nossa) – os mesmos foram facilmente acolhidos pela definição de EE constante no artigo 5.º da CMOCDE, pois esclarecem os Comentários que não é necessária a presença de seres humanos para se considerar existir um EE<sup>211</sup>. A ideia base continuava e continua a passar pela necessidade de haver “um local de negócio, baseado nos objetos tangíveis, ligados a um certo ponto geográfico durante algum período mínimo”<sup>212</sup> (tradução nossa livre).

### 8.3 O estabelecimento estável no contexto de comércio eletrônico

A preocupação da OCDE com os problemas de compatibilidade do modelo tradicional de tributação e distribuição de competências com as realidades cada vez mais presentes na era digital começou ainda em 1999, quando, na sequência da Conferência de Ottawa “*A Borderless World – Realising the Potential of Electronic Commerce*”, o Comité dos Assuntos Fiscais criou um grupo de trabalho cujo objetivo foi examinar como é que são enquadráveis nas convenções bilaterais os pagamentos efetuados no âmbito do comércio eletrônico, de forma a clarificar as necessárias adaptações aos Comentários. O resultado do trabalho, o relatório que analisava as transações comerciais eletrônicas foi, no entanto, aceite pelo Comité dos Assuntos Fiscais, que, com base neste documento, alterou os Comentários para o artigo 12.º da CMOCDE.

Sem prejuízo da análise do artigo 12.º, que infelizmente não se enquadra no âmbito desta obra, importa referir que o comércio eletrônico, atualmente, não tem relevância apenas no âmbito dos pagamentos efetuados, sob o âmbito do artigo 12.º da CMOCDE, mas também tem aplicação no artigo 5.º da CMOCDE.

Assim, clarificam os Comentários<sup>213</sup> que há que fazer distinção entre os equipamentos de computador que atualmente denominamos de “*hardware*” e “*software*”. Assim, se

---

<sup>209</sup> Relativamente a estas máquinas, nota Luís Menezes Leitão que as mesmas têm “clientela fixa localizada em determinado espaço, que se perde quando é deslocada para outro espaço” - pág. 145 dos *Estudos*.

<sup>210</sup> Cristian Gárate – *The fixed place...*, pág. 47.

<sup>211</sup> Tal visão, conforme nota Luís Menezes Leitão, “foi, aliás, expresso pelo Tribunal Fiscal alemão a 30 de outubro de 1996, no caso do oleoduto alemão, onde se considerou que uma empresa petrolífera holandesa que transportava crude através da Alemanha, por um oleoduto subterrâneo possuía um EE.” cfr. *O Conceito...*, pág. 142.

<sup>212</sup> Cristian Gárate – *The fixed place...*, pág. 48.

<sup>213</sup> Alterados em 2000 de forma a englobar, precisamente, esta realidade virtual no texto dos comentários, cessando assim todas as possíveis dúvidas.



considerarmos os sites da Internet como “*combination of software and electronic data*”, os mesmos não constituem propriedade tangível, pelo que não criam um local através do qual a empresa opera, o que não permite, sob quaisquer condições, considerar que estamos perante um EE.

Já o *hardware* ou o equipamento físico em que os programas estão “alojados”, sobretudo o servidor, através do qual o site é acessível, normalmente têm localizações físicas, através do qual podemos considerar que estamos perante um local fixo através do qual a empresa opera (*online*) e já se pode pôr em causa a existência de um EE para efeitos de tributação.

Nota Arvid Skaar em 1997, que dado que não é necessária a presença física do empresário para se considerar que ele tem um EE num Estado, da mesma maneira basta a existência de um servidor localizado num certo sítio, por um certo período de tempo para se considerar existir um EE<sup>214</sup>, o que vai de encontro com a visão expressamente consagrada vinte anos depois nos Comentários.

Porém, há que ter em conta que a aquisição e a manutenção de um servidor atualmente podem constituir um investimento muito significativo, pelo que nem todos, sobretudo os mais pequenos retalhistas e comerciantes, podem ter liquidez financeira para investir num servidor próprio. Assim, atualmente há empresas que mantêm um espaço nos servidores de maneira a facultá-los aos interessados. No entanto, tais servidores “alugados” não constituem, na visão expressamente consagrada nos Comentários, um EE, pois não estão na localidade à disposição da empresa / empresário, não obstante os mesmos concluírem negócios, prestarem serviços e venderem bens através dos *websites* que só são operáveis e disponíveis online graças aos servidores em causa<sup>215</sup>.

Esta visão torna-se especialmente clara se considerarmos que muitas das vezes os servidores podem estar localizados bem longe do respetivo Estado de residência do empresário, sendo apenas um serviço que a empresa-dona dos servidores lhe presta.

---

<sup>214</sup> Arvid Skaar – *Erosion...*, pág. 190. Nota Luís Menezes Leitão que para o Reino Unido tal não se coloca em questão, pois “*Em caso algum um servidor, ainda que associado a um sítio internet, pode constituir um estabelecimento estável*” – cfr. *O Conceito...*, pág. 145.

<sup>215</sup> Notam os comentários que a razão para tal passa igualmente pelo facto de *site* não constituir uma propriedade tangível – cfr. pág. 152 de *Model Tax Convention*. Já Vasco Guimarães expressou em 2000 uma opinião que passados 20 anos mantém a sua atualidade e que foi reproduzida por Luís Menezes Leitão na pág. 145 de *O Conceito...* – assim, “a existência de um equipamento de computador não poderia ser considerado como EE se a distribuição de produtos ou serviços não tivessem lugar *on-line*, mas que já se estaria perante um EE no caso de um computador que fornecesse produtos ou serviços digitais *on-line*.”

Existem, porém, doutrinas que se pronunciam a favor da contratação de serviços do servidor numa região cujo público alvo o comerciante quer atingir.

Na nossa opinião, baseando-se em alguma experiência empiricamente comprovada, tal pode ser justificado para grandes empresas digitais com grande afluência de público, em que, inclusive para manutenção dos servidores e o confortável uso dos interessados, seja melhor fazer a divisão do público alvo em servidores regionais<sup>216</sup>. Já no que toca aos pequenos comerciantes, como, por exemplo, donos de um pequeno hotel que querem atingir, tanto o público americano, como o público russo, nada garante que a contratação dos serviços de aluguer dos servidores americanos ou russos produzirá maior tráfego de utilizadores provenientes dos Estados Unidos da América e da Rússia, respetivamente.

Porém os comentários deixam bem claro que caso o servidor seja próprio da empresa / empresário, o servidor já corre o risco de ser considerado EE, desde que, porém, os outros requisitos sejam preenchidos – nomeadamente o teste temporal e de fixação porque só assim, nas palavras de Arvid Skaar, haverá conexão específica do contribuinte com o Estado da fonte, o chamado “*home abroad*”<sup>217</sup>. Assim, “o servidor precisa de estar instalado num certo sítio durante um determinado período de tempo para ser considerado “fixo” para os efeitos de aplicação do artigo 5.º/1 da CMOCDE” (tradução livre nossa)<sup>218</sup>. Já Luís Menezes Leitão considera que “nem sequer no caso de uma empresa se instalar num servidor nacional pagando o respectivo espaço informático leva a que possa ser considerada como possuindo um estabelecimento estável”<sup>219</sup>.

#### **8.4 O estabelecimento estável com as alterações introduzidas pelo Projeto BEPS**

As iniciativas do Projeto BEPS, no que diz respeito à reformulação do conceito de EE passam, sobretudo, pela sua adaptação à realidade atual, tendo em conta todas as alterações tecnológico-económicas e o aumento do planeamento fiscal abusivo usando o conceito de EE.

---

<sup>216</sup> Estamos a referir-se aos jogos online, como, por exemplo, o jogo *League of Legends*, que para facilidade de carregamento do jogo e facilidade de interação dos jogadores, divide os mesmos de acordo com a localização geográfica.

<sup>217</sup> Arvid Skaar – *Erosion...*, pág. 189.

<sup>218</sup> § 125 de artigo 5.º, pag 152, de *Model Tax Convention...*

<sup>219</sup> O que, nas palavras do mesmo autor, pode ser questionável, mas ao menos é consistente com o caso Dudley – cfr. Luís Menezes Leitão – *O Conceito...*, pág. 145

Assim, num conjunto de 15 Ações, é possível identificar 3 que lidam diretamente com os problemas colocados perante os problemas de desadequação do conceito de EE – Ação 1, que sendo a Ação base, identifica a realidade subjacente a todos os problemas; Ação 6 que visa atingir planeamento fiscal agressivo através da utilização de convenções de dupla tributação; Ação 7 que propõe alterações ao conceito existente de EE de forma a torná-lo mais apto a dar resposta às técnicas de abuso. Notam António Santos e Cidália Lopes que o Projeto BEPS não afeta diretamente a distribuição das competências tributárias entre os Estados nem altera os critérios basilares utilizados até agora<sup>220</sup>.

A Ação 7 passa por reformular o artigo 5.º/4, criar o novo 5.º/4.1 e 5.º/8, assim como alterar os Comentários ao artigo 5.º, atualizando-o. Estas alterações podem tanto entrar em vigor se os Estados celebrarem uma nova convenção ou se os Estados decidirem atualizar as suas convenções existentes, negociando entre si. Porém, conforme discutimos infra, precisamente para evitar isso, existe o Instrumento Multilateral.

#### **8.4.1 As alterações no âmbito de artigo 5.º/4 CMOCDE**

As últimas alterações feitas ao artigo 5.º e aos respetivos Comentários tiveram lugar precisamente na sequência da implementação do Projeto BEPS, em que, dadas as circunstâncias da economia atual e os modelos de negócio digitais que são cada vez mais frequentes, a OCDE viu-se na necessidade de adaptar o conceito de atividades de carácter preparatório ou auxiliar, de forma a cobrir o crescente número de atividades que, enquadrando-se na visão tradicional de conceito “preparatório ou auxiliar”, usavam-se para exercer, na realidade, a atividade principal. Assim, tornou-se importante impedir a classificação “automática” das atividades historicamente preparatórias ou auxiliares como tais, devendo ser feita uma análise da atividade plena, levada a cabo naquele Estado<sup>221</sup>.

Conforme já tivemos oportunidade de discutir num momento anterior, artigo 5.º/4 CMOCDE trata de uma lista de carácter negativo<sup>222</sup> que é, também, exemplificativa<sup>223</sup>,

---

<sup>220</sup> António Santos e Cidália Mota – *Tax Sovereignty...*, pág. 11. No mesmo sentido, veja-se Yasin Uslu – *An Analysis...*, pág. 5).

<sup>221</sup> No mesmo sentido Yasin Uslu - *An Analysis of ‘Google Taxes’ in the Context of Action 7 of the OECD / G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative 2 . PE Status: An Old Rule in a Modern World for the Allocation of Taxing Rights*, 22, no. 4, 2018, pág. 6.

<sup>222</sup> Artur Pleijssier- *The Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status: A Reaction to the BEPS Action 7 Final Report*, International Transfer Pricing Journal, Nov-Dec. 2016 pág. 445.

<sup>223</sup> Segundo OCDE e Vishesh Dhuldhoya – *The Future...*, pág. 5. Porém, tendo em conta que estamos perante uma exceção à regra geral, que, ainda por cima, era uma lista-objeto de diversos abusos por parte de contribuintes, abusos estes que levaram a que o artigo, seja alterado, parece que a lista em causa deveria

sendo que apresenta várias situações em que haja exceção à classificação de estabelecimento como EE, não obstante o mesmo preencher, até, os requisitos elencados no artigo 5.º/1 CMOCDE.

Assim, trata-se de uma disposição que nos permite classificar a instalação que desempenha a atividade com carácter preparatório ou auxiliar à atividade principal, sendo que nas suas alíneas a) a d)<sup>224</sup> apresentam-se as instalações concretamente identificadas, sendo que as últimas duas alíneas do artigo têm carácter de cláusulas gerais<sup>225</sup>.

Podemos, por outro lado, dividir as exceções em função da funcionalidade, pois se repararmos, estas têm certas similitudes entre si. Assim, enquanto a alínea a) se refere ao uso de instalações, as alíneas b) e c) tratam da manutenção de bens e mercadorias, ao passo que as alíneas d) a f) preocupam-se com o local fixo de negócio.

No entanto, em tempos já houve dúvidas relativamente à relação entre as diversas alíneas do artigo 5.º/4: por um lado, podia-se entender que qualquer alínea que visa prevenir situações pontuais, tem que simultaneamente preencher a cláusula geral, ou seja, um armazém não podia ser classificado como algo a desempenhar atividade preparatória ou auxiliar somente porque é uma atividade prevista pela alínea a), este armazém tinha que desempenhar funções preparatórias ou auxiliares também, preenchendo, assim, a alínea f). Por outro lado, podia-se considerar que basta o armazém estar classificado como tal para efeitos de aplicação automática de exclusão da natureza de EE. Os próprios Comentários sugeriam que a alínea e) incluía as alíneas anteriores, ao passo que a palavra “outras” relacionava-se com as restantes atividades que porventura poderiam ser classificadas como preparatórias ou auxiliares<sup>226</sup>. Porém, tudo indica que tal visão não foi uniformemente aceite, pelo que em 2017 a OCDE resolveu esclarecer esta dicotomia de vez<sup>227</sup>.

Assim, esta dúvida foi resolvida com as recomendações da Ação 7 que, na sequência de inúmeros abusos por parte de sujeitos passivos multinacionais, propôs que seja adotada a

---

ser fechada, sendo a única possibilidade de abertura a sua alínea f) que fala de atividades de carácter preparatório e auxiliar.

<sup>224</sup> Nota Carlo Garbarino que estão em causa “*excepções separadas, cada uma delas a servir o seu propósito específico*” (tradução nossa) cfr. *Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution*., Intertax 47, no. 4, 2019 pág. 368.

<sup>225</sup> Vishesh Dhuldhoya – *The Future...*, pág. 5

<sup>226</sup> § 21 dos Comentários ao artigo 5.º, Model Tax Convention 2014

<sup>227</sup> Especialmente se considerarmos que a própria OCDE ora propôs consagrar uma solução, ora outra, certamente não contribuindo para a formação de uma opinião unânime.

visão que apela à necessidade de verificação do preenchimento de alguma das alíneas de a) a d), sendo depois aplicado o teste da cláusula geral da alínea f), de maneira a garantir o devido controlo.

Pessoalmente adotamos a visão que qualquer atividade listada no artigo deve simultaneamente satisfazer os requisitos de “ser uma atividade preparatória ou auxiliar”, pois se considerarmos que estamos perante um desvio muito forte ao princípio de EE e estamos perante uma lista que permitiu inúmeros abusos e desvios (razão pela qual, aliás, este número foi alterado pela OCDE), entendemos que o controlo das atividades preparatórias ou auxiliares deveria ser mais “apertado”<sup>228</sup>.

Daniel Blum entende que uma solução de considerar seria, ainda, apagar as alíneas a) a d) do artigo 5.º/4 de forma a evitar abusos apetecíveis, especialmente nesta era de economia digital e falta de presença física para conduzir negócios ou, tal como a OCDE propõe, eliminar a palavra “*delivery*” – entregas<sup>229</sup>. Porém, entende o mesmo autor que alterações na formulação do conceito devem ser feitas com muito cuidado (com o que concordamos, pois, a incorreta utilização de palavras poderá dar origem a novos abusos), o que, na opinião do autor, não foi atingido, pois a nova formulação só criou dúvidas e incertezas.

#### **8.4.2 O novo artigo 5.º/4.1 CMOCDE**

Por outro lado, a Ação 7 cria a nova regra de anti fragmentação. Esta regra nasceu na sequência da preocupação que tinha como origem a realidade em que as grandes multinacionais tendem a dividir as atividades económicas plenas em atividades preparatórias ou auxiliares, que não permitem a classificação de diversas sucursais e filiais como EE's como na sequência da sujeição de todas as atividades preparatórias e auxiliares ao teste para determinar se são, de facto, classificáveis como tal.

---

<sup>228</sup> Discordando, assim, de opinião expressa por Vishesh Dhuldhoya – *The Future...*, pág. 11, onde este autor defende que a clarificação do entendimento por parte de OCDE visa somente adaptar o conceito de EE às novas realidades. Aliás, visa sim, mas também visa prevenir abusos, na nossa opinião.

<sup>229</sup> Daniel Blum - *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined*, Bulletin for International Taxation 69, no. 6, 2015, pág 316, no mesmo sentido Brian Arnold – *Threshold Requirements...*, pág. 479. Para mais desenvolvimentos, veja-se OCDE – *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliberable*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/ctp/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-9789264218789-en.htm> , acesso em 2 de janeiro.

O exemplo mais paradigmático passa pelas entregas das compras efetuadas por via eletrónica ou através da Internet. Aproveitando o facto de os armazéns serem considerados excluídos do conceito de estabelecimentos comerciais por historicamente desempenharem funções somente auxiliares, as empresas não residentes conseguiam, por um lado, exercer negócio principal de venda e entrega dos artigos e, por outro, não ser tributadas no Estado da fonte, onde a entrega é efetuada a partir de armazém.

Assim, enquanto o artigo 5.º/4 demonstra a necessidade de análise mais prudente das atividades preparatório-auxiliares desempenhadas pelo não residente na jurisdição da fonte, o novo artigo 5.º/4.1 complementa este princípio e obriga analisar toda a atividade levada a cabo por aquela empresa ou empresário naquele Estado conjuntamente, de forma a apurar a coexistência e a coerência da atividade, impedindo a separação da mesma, em prol do benefício de isenção de tributação por não reunir requisitos para a existência de um EE.

Assim, esta regra cria mais uma condição a observar aquando da análise do estabelecimento – pelo menos um dos locais onde é exercida a atividade tem que ser considerado um EE da empresa naquele Estado, ou, noutra hipótese, a atividade global da empresa, resultante da combinação de todas por atividades relevantes, deverá formar mais do que atividade preparatória ou auxiliar.

Está em causa uma regra criada pela OCDE que não parece ter muito cabimento na letra dos Comentários. Para o efeito, parece que esta nova regra ignora a existência de coerência geográfica, que por vezes pode prevalecer sobre organização operacional<sup>230</sup>.

Embora seja compreensível que a mesma foi criada em virtude da necessidade de clarificação da realidade e na sequência de ausência de concretização devida no que respeita aos conceitos de atividade “preparatória ou auxiliar”, que por sua vez permitiu o crescente número de abusos. Por outro lado, trata-se de uma verdadeira regra anti-abuso, criada ao dispor dos Estados de forma a guiar a sua averiguação em prol de flexibilização das regras e melhor acompanhamento dos casos concretos a classificar como EE’s (ou não classificar, precisamente).

No entanto, esta disposição parece um bocado infeliz, dada a ideia de “bilateralidade” que passa. Assim, parece que a análise será feita apenas em relação a duas empresas, máximo

---

<sup>230</sup> Jean Schaffner – *The Territorial Link...*, pág. 647

três, se considerarmos o disposto no artigo 5.º/8 CMOCDE. Tal pode deixar de lado um número significativo de aglomerações económicas entre empresas. Porém, acreditamos que não era esse o intuito da norma e que a análise poderá ser feita gradualmente, não obstante a necessidade de uma análise final global da atividade do grupo no Estado da fonte.

A coexistência e a coerência da atividade a que apela o artigo 5.º/4.1 não é especificada pelos Comentários, o que compreende-se, pois tratando-se de uma matéria sensível de existência ou não do EE sob novas regras, parece que a intenção da OCDE será a análise casuística de cada caso. Não podemos deixar expressar a nossa preocupação com a capacidade das autoridades tributárias de dar uma resposta eficaz a este tipo de encargo.

#### **8.4.3 Artigo 5.º/8 CMOCDE**

O artigo 5.º/8 CMOCDE foi criado para explicar em que medida as entidades podem considerar-se dependentes uma da outra ou considerar-se interligadas entre si para efeitos de aplicação correta do artigo 5.º/4.1 CMOCDE.

A primeira parte da norma em causa aparenta uma espécie de regra geral, através da qual haverá relação entre as empresas em que uma tem controlo sobre a outra ou ambas são controladas por uma entidade terceira; ao passo que a segunda parte da regra parece apontar, pela sua expressão “*shall be considered*”, que haverá sempre relação e interligação para os efeitos deste artigo se uma das entidades é controlada a 50% por outra ou ambas são controladas a 50% por uma entidade terceira.

A dúvida que se coloca, neste âmbito, é saber se esta regra quantitativa contida na segunda parte do preceito normativo é obrigatória de ser verificada ou haverá outras maneiras de concluir pela existência de empresas associadas sem considerar a percentagem de ações que uma detém da outra. Os Comentários esclarecem que se trata de uma regra geral, que apenas “indica a direção” em que a análise tem que ser feita – nomeadamente quando indicam que podem ser tidos em conta os direitos “similares aos que haveria se a empresa tivesse 50% dos interesses beneficiários da (outra) empresa”<sup>231</sup>. (tradução livre nossa). No entanto, os Comentários são omissos sobre as situações que podem ser consideradas “similares”.

---

<sup>231</sup> § 120 dos Comentários ao artigo 5.º, *Model Tax Convention...*,

Por outro lado, esta nova previsão legal parece acusar algumas semelhanças com o disposto no artigo 9.º CMOCDE. No entanto, a formulação semântica nestes dois artigos difere, o que sugere a clara conclusão de que estamos perante dois artigos com âmbitos diferentes.

Assim, enquanto o artigo 9.º esclarece que haverá intervenção significativa se uma empresa participa direta ou indiretamente no controlo, capital ou gestão e administração de outra, sendo que as condições entre estas impostas diferem das que seriam impostas entre as empresas independentes; por sua vez o artigo é omissivo quanto aos graus quantitativos do controlo que serão exigidos. Já o artigo 5.º/8 propõe pelo menos um critério quantitativo através do qual podemos concluir pelo controlo, sendo omissivo quanto à gestão, administração e intervenção no capital, sendo que, no entanto, consideramos que aí sim, seria aplicável o princípio de preços de transferência, que rege toda a relação do EE com a entidade-parente e as restantes entidades do grupo.

Não entrando na discussão semântica acerca da correta e/ou intencional utilização da expressão “*closely related*” em vez de “*associated*”, entendemos que a diferença deverá apontar para a natureza mais específica da expressão “*closely related*”, ao passo que “*associated*”, utilizada no artigo 9.º, tem o carácter mais generalista.

#### **8.4.4 Críticas e conclusões internas**

A Ação 7 baseia-se em alterar ligeiramente os conceitos de EE pessoal e EE real. Focando-se nos EE's reais como objeto da nossa análise, podemos concluir que, à semelhança do que já se discutiu supra relativamente às alterações mais recentes ao artigo 5.º da CMOCDE, que a ação visou, sobretudo, alterações, não ao conceito *per se*, mas sim às atividades preparatórias ou auxiliares (sem alterar a sua natureza, no entanto) ou estaleiros de construção (criando regras específicas de prevenção de abusos através de fragmentação de contratos e atividades), mas somente de forma a proibir expressamente uma lista de abusos que têm sido verificados ultimamente – que a maioria da doutrina acha insuficiente para adaptar o conceito às realidades que têm sido causa desta desadequação. Uslu acrescenta ainda que as novas regras servem para a correta identificação de um EE, mas não para a atribuição de rendimentos ao mesmo<sup>232</sup>. Estas, por outro lado, não oferecem propostas de criação de estabelecimento adequado às realidades digitais, sendo que as alterações propostas continuam a precisar de presença

---

<sup>232</sup> Yasin Uslu - *An Analysis...*, pág. 5-6



física naquele Estado. Porém Uslu acha que esta medida é um passo positivo na direção do novo estabelecimento, pese embora estas regras não constituem um “padrão mínimo” para seguir<sup>233</sup>.

Reuven Avi-Yonah critica a Ação 7 na medida em que a mesma continua a basear-se no conceito tradicional de EE que exige a presença física. Podemos acrescentar a isto que, dado que todo o Projeto BEPS tem como subjacente a si o problema crescente da economia digital, torna-se estranho que as alterações propostas no âmbito de uma iniciativa tão global passem somente pela prevenção do abuso através de EE’s, em vez de totalmente reescrever o conceito por si. Assim, parece que estamos perante um mosaico, que mistura novos objetivos e novas realidades com as soluções baseadas no sistema antigo.

António Santos e Cidália Lopes concluem que o conceito de EE não é, de todo, adaptado à realidade negocial vivida presencialmente e sublinham a importância de fisicalidade do EE de forma a mesmo funcionar<sup>234</sup>.

Por outro lado, as alterações propostas discutem-se no plano de comparação de Estados desenvolvidos com os Estados em desenvolvimento. Diversa doutrina entende que o Projeto BEPS sublinha as desigualdades entre estas duas categorias de Estados. Reuven Avi-Yonah defende que uma das desvantagens que o Projeto BEPS demonstrou é que o mesmo foi o resultado do consenso de países desenvolvidos, ao passo que “um desafio global precisa de soluções globais”<sup>235</sup>. Leonard Waagenar critica a falta de atenção do

---

<sup>233</sup> Idem, pág. 10

<sup>234</sup> Idem, pág. 7 e 8. No mesmo sentido, veja-se Daniel Blum – *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined*, Bulletin for International Taxation 69, no. 6 2015 e, ainda, , Peter Hongler e Pasquale Pistone – *“Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy”*, IBFD Working Paper, 2015, entre nos Rita Calçada Pires, na sua Tese de Doutoramento intitulada *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do comércio Electrónico, Desvendar mitos e construir realidades*, (Edições Almedina, 2013) prossegue em sumarizar bem os argumentos e as razões pelas quais a doutrina tem entendido, em longínquo 2011, que o conceito de EE não está apto à realidade. Esta doutrina alega que alguma presença física, nem que seja de carácter somente preparatório ou auxiliar é necessária para se poder falar de EE, segundo as alterações propostas pela Ação 7 BEPS. (sublinhado nosso).

<sup>235</sup> Reuven Avi-Yonah – *Evaluating BEPS*, pág. 27. Nota o mesmo que, por um lado, nem todos os Estados que participaram nas negociações são Estados que participam nas políticas da OCDE e a competição fiscal irá continuar mesmo apesar destes terem participado nas negociações. Por outro lado, mesmo que os Estados em desenvolvimento tenham participado nas negociações, nada garante que as suas opiniões foram consideradas quando as soluções finais foram apresentadas, o que pode levar ao descontentamento dos mesmos e, como consequência, ao agravamento da concorrência fiscal e falta de colaboração entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Poderá haver, ainda, Estados que não tenham recursos financeiros ou humanos para implementar novas políticas.

BEPS para com os países em desenvolvimento, pese embora a OCDE entenda que a tomada de medidas novas pode ajudar ao crescimento económico de Estados em desenvolvimento<sup>236</sup>, este autor nota que há uma falta de iniciativa por parte da OCDE para ajudar ao crescimento económico dos mesmos<sup>237</sup>.

Por seu lado e em sentido contrário, Francisco José Nocete Correa entende que o plano do Projeto BEPS nunca foi alterar a distribuição das competências tributárias e / ou redefini-las, mas sim prevenir os problemas principais que têm vindo a verificar-se, tais como a dupla não tributação ou erosão de bases<sup>238</sup>.

O problema é que os sistemas tributários dos Estados em desenvolvimento são baseados num sistema de isenções, benefícios fiscais e outras vantagens fiscais para atrair investimento e por outro lado, normalmente são estes os Estados da fonte. Daí que estes sistemas podem não ter capacidade económico-social para acompanhar todas as medidas propostas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS e combate ao planeamento fiscal agressivo, pelo que as regras propostas só se aplicarão aos Estados desenvolvidos e não aos Estados em desenvolvimento, o que em certa medida, confirma todas as críticas dirigidas à OCDE.

Relativamente ao EE, nota Leonard Waagenar que pode suceder que os Estados nem tenham esta figura consagrada nos ordenamentos jurídicos – assim, antes de introduzir as novas medidas propostas no âmbito do Projeto BEPS, tem que haver primeiro uma consagração da figura nos ordenamentos jurídicos<sup>239</sup>. Isto pode levar a alterações significativas nos sistemas nacionais ou à completa falta de ligação e coerência entre o novo conceito e o sistema antigo.

---

<sup>236</sup> OCDE - *Action Plan...*, pág. 6.

<sup>237</sup> Alega, em suma, que por um lado, os Estados em desenvolvimento não têm as mesmas capacidades de concorrência, pelo que concorrem tomando medidas que estão ao seu dispor – como, por exemplo, isentar os rendimentos ou tributar a uma taxa diminuída, de forma a atrair mais investimento por parte de empresas multinacionais. Por outro lado, entende-se que até o planeamento fiscal agressivo que envolve os Estados em desenvolvimento consegue ajudar mais a estes do que uma completa reformulação dos sistemas existentes e a obrigação de completa cooperação com os Estados desenvolvidos, pois os Estados não estão no mesmo patamar económico – social e não apresentam os mesmos níveis de cultura e educação – cfr. Leonard Waagenar – *The Effect...*

<sup>238</sup> Francisco José Nocete Correa - *The Spanish Digital Services Tax: A Paradigm for the Base Enlargement & Profit Attraction (BEPA) Plan for the Digitalized Economy*, European Taxation, July, 2019, pág. 348-349.

<sup>239</sup> Idem, pág. 87. Alega Waagenar que pode ser mais vantajoso para o Estado em desenvolvimento permitir o estabelecimento de EE's, pois permitirá mais formas de planeamento fiscal por parte das MNEs, o que pode ser mais vantajoso para o desenvolvimento económico e social do Estado.

Assim, atualmente podemos concluir pela existência de um requisito formal que dita que através do EE deve ser exercida a atividade principal, porém as atividades de carácter preparatório ou auxiliar encontram-se sob especial controlo por parte do legislador fiscal, de forma a evitar os crescentes abusos por parte dos contribuintes sem presença física significativa no Estado da fonte.

Pessoalmente, concordamos com esta proposta da OCDE, na medida em que a mesma clarifica o entendimento comum dos Estados, não criando doutrina nova por um lado, nem alterando substancialmente os conceitos, por outro. Podemos apelar até, que foram das medidas mais eficientes que foram propostas no âmbito do Projeto BEPS ao conceito de EE<sup>240</sup>. Porém, consideramos que tais medidas não são suficientes e criam demasiadas complexidades de interpretação e aplicação.

Vishesh Dhuldhoya entende que, tal medida, acrescenta à lista a necessidade de um crivo do teste económico e/ou de substância, o que pode colocar em dúvida toda a divisão da atividade do agente económico<sup>241</sup>. Para o efeito, parece que agora os contribuintes terão que justificar a razão pela qual a divisão das operações entre as diversas entidades do grupo é realizada desta maneira e pior, pode levar a que os mesmos tenham que provar que a divisão é feita desta maneira para utilidade do grupo e não para contornar a classificação do estabelecimento como EE. A liberdade económica dos agentes está a ser seriamente posta em causa com as novas previsões do artigo 5.º.

Por um lado, tal pode pôr em causa a liberdade económica dos agentes e a escolha do melhor modelo de direcção da empresa e por outro lado, reforça o ónus da prova que recai sobre o contribuinte – este agora tem que provar que a atividade que ele desenvolve é preparatória ou auxiliar, combatendo quase que uma presunção por parte das autoridades tributárias de que aquela divisão apenas (e só) foi efetuada para efeitos de fragmentação de atividades funcionais (sendo que até agora o ónus recaia sobre as autoridades tributárias de provar que a atividade desenvolvida não era de carácter preparatório ou auxiliar<sup>242</sup>).

---

<sup>240</sup> Especialmente se considerarmos a quantidade de autores que por diversas razões (entre as quais, a complexidade e a redundância das medidas propostas) criticam as medidas tomadas pela OCDE ao elaborar o Projeto BEPS - neste sentido pronunciam-se Yasin Usly – *An Analysis...*; Reuven- Avi-Yohan – *Evaluating...*; João Bianco e Ramon Santos – *A Change...*; António Santos e Cidália Lopes – *Tax Sovereignty...*; Leonard Waagenar – *The Effect...*; Hans van der Hurk - *Tax Planning, Ethics and Our New World*, Bulletin for International Taxation, IBFD, fevereiro 2018.

<sup>241</sup> Vishesh Dhuldhoya – *The Future...*, pág. 11. Entre nos, Ana paula Dourado – *Governança...*, pág. 96.

<sup>242</sup> Conforme nota Vishesh Dhuldhoya – *The Future...*, pág. 11.

O principal problema que vemos com as novas alterações passam pelo carácter de prevenção de abusos que a medida visava. Assim, entendemos que a liberdade económica dos agentes, que passa pela liberdade de estabelecimento e liberdade de escolha do modelo de negócio que seja mais lucrativo pode ser seriamente posta em causa, pois, conforme já defendemos supra, o ónus da prova mudou e agora caberá aos agentes económicos provar que a atividade de facto não foi dividida para beneficiar de isenção da criação de um EE mas sim porque se tratava de uma decisão estratégica da empresa. O mesmo se aplica à nova regra contida no artigo 5.º/8 CMOCDE– consideramos que a mesma poderá afetar a liberdade económica das empresas e dos empresários, o que não deveria ser posto em causa. Parece que agora todos os sujeitos passivos são vistos como suspeitos, até prova em contrário e esta solução da OCDE parece apontar no sentido que pela atitude das MNEs respondem todos – inclusive pequenas empresas, que se calhar nunca tiveram como objetivo ou ideia a separação de entidades e de atividades de forma a não ter um EE válido no Estado da fonte, o que certamente põe em causa a segurança jurídica.

Por outro lado, ao tentar prevenir abusos existentes em vez de redefinir o conceito por si, corremos o risco de não prever soluções para desvios e abusos futuros. Tendo em conta a natureza criativa da mente humana, sobretudo do agente económico cujo objetivo (totalmente lícito) é otimizar os custos e os benefícios de forma a pagar menos impostos, será de esperar que haverá outros esquemas de abuso inventados, que darão a “volta” às novas regras e usarão as antigas limitações apontadas aos critérios basilares tradicionais (como, por exemplo, a ficalidade do estabelecimento).

Finalmente, as novas regras introduzidas com a Ação 7, exigindo a análise conjunta do grupo por inteiro, contradizem o princípio geral de separação das entidades. Assim, enquanto pelo AOA exigia-se tratar cada entidade como separada e independente, agora simultaneamente exige-se considerar o grupo como um todo unitário. Tal esquizofrenia do sistema certamente não inspira segurança jurídica aos sujeitos passivos.

### **8.5 O estabelecimento estável no Instrumento Multilateral**

O Projeto BEPS resultou na criação de 15 Ações, cujo objetivo passava por introduzir novas regras no sistema fiscal internacional, de forma a dar a primeira resposta organizada no âmbito do combate aos comportamentos anti abusivos.

Porém, foi igualmente entendido que as alterações propostas eram de tal forma significativas e implicavam a alteração de tantas convenções de dupla tributação, que a comunidade mundial estava com diversas dúvidas no que toca à possibilidade de uma rápida e eficaz coordenação a nível mundial<sup>243</sup>.

Assim, a 15.<sup>a</sup> Ação do Projeto BEPS criou a solução histórica para o mundo internacional fiscal – foi criada a primeira convenção internacional multilateral no âmbito fiscal. Note-se, porém, que é um tratado atípico pois é um tratado que por si só não é autónomo, mas tem por objeto a alteração de convenções que por si já produzem efeitos<sup>244</sup>. Este Instrumento Multilateral<sup>245</sup> (doravante “IML”) é por si um grande passo para alterar o esquema fiscal tradicional, mas também marca um sucesso político-tecnológico da OCDE<sup>246</sup> e, entre outras matérias, trata inclusive de alterações ao conceito de EE.

Não aprofundando a análise na natureza do IML e nos problemas interpretativos que este levanta, nem dispersando a nossa atenção com o EE subjetivo, importa entender de que maneira o EE real é tratado no seio deste.

Portugal ratificou IML no dia 14 de novembro de 2020<sup>247</sup>, sendo que em fevereiro de 2020 esta ratificação foi depositada junto da OCDE. Isto significa que a partir de 1 de junho de 2020, as soluções adotadas por Portugal neste instrumento começarão a produzir

---

<sup>243</sup> Este problema torna-se especialmente relevante se levarmos em consideração que, embora a Convenção Modelo seja alterada e os seus Comentários contemplem a “nova” visão, enriquecida pelas Ações do BEPS, as verdadeiras convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados e aplicáveis no quotidiano não têm esta redação. Desta forma, há Estados, como por exemplo, a Áustria ou Canadá que seguem a visão estática, através da qual, aplicam às suas convenções a versão da Convenção Modelo e Comentários que estavam em vigor no momento da assinatura de dada convenção; por sua vez, há Estados que podem ponderar as alterações posteriores à CMOCDE e Comentários, seguindo a visão dinâmica, como, por exemplo, Noruega ou EUA. A desvantagem de uma visão estática é bem clara – num Estado pode haver convenções que tenham redações diferentes e seguem Comentários diferentes somente porque foram celebradas em alturas diferentes. Por outro lado, isto irá obstar a que sejam implementadas as soluções no âmbito do Projeto BEPS. Já a desvantagem de uma visão dinâmica pode inclusive passar pela aplicação de soluções que não constavam do documento inicial e oficial, o que inclusive pode levar à inconstitucionalidade, se considerarmos que as soluções oferecidas pela versão posterior da CMOCDE e Comentários não foram sujeitas a aprovações a nível parlamentar.

<sup>244</sup> Daniel Blum, no entanto, entende que estamos perante uma solução mista que nem é convenção bilateral nem convenção multilateral – cfr. *The Relationship...*, pág. 135.

<sup>245</sup> OCDE - *Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting*, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beeps.pdf>

<sup>246</sup> Conforme nota Daniel Blum - *The Relationship ...* pág. 131.

<sup>247</sup> O Decreto do Presidente da República n.º 70/2019, disponível através do seguinte link: <https://dre.pt/application/conteudo/126132116>, e a Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, <https://dre.pt/application/conteudo/126132118>, ambos de 14 de novembro, acesso em 22 de abril de 2020. Estes documentos ratificam e aprovam o IML em Portugal, sendo que no dia 28 de fevereiro de 2020 Portugal depositou junto da OCDE o documento de ratificação. Assim, IML entrará em vigor para Portugal a partir de 1 de junho de 2020.

efeito relativamente às convenções de dupla tributação cujos outros Estados signatários igualmente expressam intenção de alterar as convenções em causa celebradas com Portugal. Assim, nem todas as convenções assinadas por Portugal serão alvo de alterações, somente aquelas, cuja “contraparte” expresse, igualmente, a vontade de alterar.

A quarta parte do IML trata da solução para o problema de abuso fiscal através do recurso à figura do EE, consagrando as soluções propostas no âmbito da Ação 7.

Enquanto o artigo 12.º dispõe relativamente ao EE pessoal, o artigo 13.º e seguintes tratam da matéria relativa ao EE real.

Assim, o artigo 13.º providencia soluções para o problema de abuso através do recurso a atividades preparatórias ou auxiliares e propõe duas opções que os Estados estão livres de adotar quando negociarem as alterações às suas convenções bilaterais (tecnicamente são três – a terceira solução passa por não optar por nenhuma das soluções propostas, mantendo inalteradas as convenções de dupla tributação). Ambas as opções tratam de oferecer a possibilidade de incluir nas convenções de dupla tributação listas das atividades que podem ser exercidas sem originar um EE.

Assim, a Opção A prevê que todas as atividades listadas nas convenções serão objeto de mais uma condição – têm de ser obrigatoriamente de carácter preparatório ou auxiliar; consagrando, assim, a solução que fez parte da nova redação da CMOCDE (que se encontra no artigo 5.º/4 e 5.º/4.1, enquanto a Opção B é menos ambiciosa e oferece possibilidade de incluir esta condição “extra”, mas permite criar uma lista das atividades que não terão que passar obrigatoriamente pelo crivo do teste de carácter preparatório ou auxiliar, excluindo, assim, esta consideração automática.

Esta solução resolve, assim, a discussão que se levantava acerca da aplicação automática do critério de atividade ser de carácter preparatório ou auxiliar se esta preenche as alíneas a) a d) do artigo 5.º/4 CMOCDE, no entanto, é fornecida aos Estados a possibilidade de, ainda assim, optar por um ou outro entendimento, pois presumimos que haverá Estados com interesse em consagrar uma visão ou outra, de forma a dar melhor resposta à realidade fiscal vivida e adotar melhor as novas regras à legislação interna.

Este artigo contém ainda a previsão relativamente à fragmentação das atividades económicas plenas. O artigo 13.º/4 replica quase na íntegra a solução consagrada no artigo

5.º/4.1 CMOCDE, sendo que não se leva em consideração a classificação da atividade como preparatória ou auxiliar se o estabelecimento em causa for EE da outra empresa relacionada ou a atividade desenvolvida na sua totalidade seja mais que apenas preparatória ou auxiliar.

Portugal, por sua vez, consagrou a solução constante no artigo 13.º/5/b, conforme consta do Decreto do Presidente da República n.º 70/2019 e a Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019, ambos de 14 de novembro de 2019, no artigo 2.º/l, não aderindo, portanto, à aplicação de uma disposição anti abusiva às suas convenções cobertas.

O artigo 14.º fala da fragmentação de contratos no seio da atividade de construção, relativamente aos estaleiros de construção, previstos no artigo 5.º/3 CMOCDE, permitindo a inclusão da opção em que haverá EE se a empresa trabalhar no estaleiro por mais de 30 dias num período de 12 meses e, num segundo momento, a mesma empresa ou duas ou mais empresas relacionadas ou associadas venham trabalhar nas atividades conexas no mesmo sítio por mais de 30 dias. Para haver coerência das atividades, parece que teremos que atender à coerência geográfica e material das instalações e das atividades. No entanto, podemos apontar que a norma não é clara, deixando encobertos vários pontos – a duração máxima do intervalo entre as atividades, o que pode afetar a forma de agregação dos períodos temporais para efeitos da correta contagem dos prazos.

Nota Maarten Wilde que trata-se de uma regra de salvaguarda para o caso dos Estados decidirem pela não inclusão da cláusula geral anti abuso<sup>248</sup>.

No entanto, Portugal não consagrou a sua adesão a esta regra, conforme indica o artigo 2.º/m do Decreto Presidencial e Resolução da Assembleia. Notamos, porém, que é uma solução algo sensata – a adesão à mesma poderia trazer complexidades acrescidas à autoridade tributária na contagem dos prazos e averiguação da relação intra-grupo entre as entidades; por outro lado, já tivemos oportunidade de sublinhar todas as críticas proferidas ao artigo 5.º/3 da CMOCDE, dado que o artigo já por si traz incertezas e dúvidas, não necessitando de complexidade acrescida e não devidamente suportada pelas soluções interpretativas.

---

<sup>248</sup> Maarten Floris de Wilde – *Lowering...*, pág. 562. Devemos adicionar, ainda que a solução consagrada passa por acrescentar uma cláusula geral anti abuso (tratada no âmbito de Ação 6) e uma disposição específica, criada no âmbito de Ação 7 e incluída (somente) nos Comentários.

Por sua vez, o artigo 15.º conclui com a matéria relativa aos grupos de empresas e “empresas associadas”, a que Portugal também não aderiu, considerando as suas posições relativas às restantes medidas propostas pelo IML no âmbito do EE.

Estes artigos transcrevem e preveem a implementação total das medidas propostas na Ação 7, mas o que é interessante é que ao contrário de outras disposições, como por exemplo, o teste de atividade principal<sup>249</sup>, as disposições relativas à alteração do conceito de EE no âmbito das convenções de dupla tributação não são cláusulas de padrões mínimos. Significa isto que os Estados são livres de negociar a inclusão destas cláusulas nas convenções ou abdicar delas, se assim o entenderem. Nota Yasin Uslu que, a maioria dos Estados optou pela cláusula anti fragmentação dos negócios em atividades preparatórias ou auxiliares<sup>250</sup>. Portugal, por sua vez, optou por não aplicar nenhuma das opções previstas no Artigo 13.º.

A posição doutrinal acerca deste documento e a sua importância na alteração das convenções de dupla tributação não é unitária. Assim, enquanto Aline Berbari defende que o texto do IML não é suficiente, pelo que em breve terá que ser alterado, pese embora tratar-se de uma verdadeira convenção multilateral<sup>251</sup>, Piergiorgio Valente entende que o IML é um passo que merece aplauso e reconhecimento<sup>252</sup>. Maarten Wilde defende que IML não dá soluções aplicáveis nenhuma nem providenciará pela maior captura de rendimentos sob novas regras<sup>253</sup>; Daniel Blum conclui alegando que o IML tem uma aplicação mais profunda do que parece à primeira vista, aplicando-se não só às convenções de dupla tributação, mas considerando também a lei interna do Estado signatário, o que poderá revelar dificuldades de conciliação até agora “escondidas”<sup>254</sup>. A isto podemos adicionar que, considerando que as soluções incluídas no IML já foram, em maior ou menor medida, adotadas na CMOCDE 2017 e densificadas nos respetivos Comentários, os Estados terão ao seu dispor esta arma interpretativa, o que facilitará em

---

<sup>249</sup> Previsto na Ação 6 BEPS e nos artigos 6.º e seguintes do IML, podemos detetar outras medidas consideradas “padrão mínimo” – a implementação do preâmbulo a reforçar o objetivo de prevenção de abuso e adoção do mecanismo de resolução dos litígios.

<sup>250</sup> Yasin Uslu – *The Analysis*, pág. 9.

<sup>251</sup> Aline Berbari – *The OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative and the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, Bulletin for International taxation, IBFD, Vol. 71, nº 10, 2017, pág. 543.

<sup>252</sup> Piergiorgio Valente – *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, Intertax, Volume 45, Issue 3, Kluwer Law International BV, 2017 pág. 228. No mesmo sentido pronuncia-se Philip Baker - *The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, British Tax Review, nº 3, 2017, pág. 282.

<sup>253</sup> Maarten F. de Wilde – *Lowering...*, pág. 556.

<sup>254</sup> Daniel Blum – *The Relationship...*, pág. 140.



muito a resolução destes problemas. Por fim, Lisa Spinosa entende que mesmo se os Estados adotarem as medidas propostas pelo IML, poderá haver dificuldades no correto cálculo e atribuição de rendimentos ao EE existente nesses termos<sup>255</sup>.

Não obstante as discussões doutrinárias, achamos importante mencionar que o IML respeita duas realidades muito importantes nos dias de hoje – a natureza bilateral das convenções de dupla tributação, pois o IML aplica-se sobre as convenções existentes e o princípio de soberania dos Estados, pois nem todo o conteúdo do IML é de assinatura e adoção obrigatória. (sublinhado nosso).

---

<sup>255</sup> Lisa Spinosa e Vikram Chand – *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Vol. 46, Issue 6 & 7, 2018, pág. 490.

## **Capítulo IX – O futuro do conceito de estabelecimento estável – a discussão mais recente no seio da comunidade fiscal mundial em torno do nexo de presença física.**

### **9.1 Introdução**

Desde a OCDE ter reconhecido a economia digital como uma das causas dos problemas e desafios que se colocam perante o sistema fiscal internacional, as disputas e as discussões à volta dos problemas não param. Por um lado, discutem-se os problemas atuais que a tributação enfrenta e, por outro, as possíveis soluções para esses problemas.

É do entender da comunidade mundial que há cada vez mais situações que envolvem a economia digital. Assim, nos Estados residência para as maiores plataformas digitais à escala global, há tributação numa percentagem muito diminuta comparando com o valor total dos rendimentos e lucros obtidos por estas plataformas, pois o maior volume de rendimentos provém de fora da residência.

Por sua vez, os Estados da fonte, que são, para todos os efeitos, Estados produtores e exportadores de capital, no entanto, não exercem as suas pretensões enquanto tal por falta do elemento essencial que é o EE, precisamente pela falta de presença física das empresas naqueles Estados. Daí que se discute que esta realidade faz nascer um terceiro grupo – os chamados Estados de mercado, em que estas empresas operam com recurso e através das plataformas digitais<sup>256</sup>.

O problema é que atualmente as empresas digitais operam com o forte contributo dos particulares em que estes prestam informações e fornecem dados de análise que depois podem ser utilizados pelas multinacionais para oferecer produtos ou publicidade mais personalizada ou até vender estes dados a empresas terceiras<sup>257</sup>.

Temos então duas posições defendidas pelos Estados, decorrentes do problema em causa: por um lado temos a “residência”, local onde a empresa em causa está situada, onde desenvolve a sua atividade – e aí, entende-se que haverá o valor acrescentado (e é lá que deverá ser tributada). Outra solução seria não ver apenas onde está o valor acrescentado,

---

<sup>256</sup> Estas podem ser tanto plataformas de redes sociais, plataformas de vendas de bens tangíveis ou intangíveis, de publicidade, pagamento, interação, jogos, tecnologias de *cloud* etc.

<sup>257</sup> O exemplo mais famoso deste tipo de comportamentos pode ser ilustrado pelo escândalo de *Cambridge Analytica* ou *Facebook*. Os elementos tradicionais de conexão, a residência e a fonte, acusam fraquezas na capacidade de regulação destas situações.

mas também guiarmo-nos pelo critério “se o valor de negócios for superior a um determinado valor, então aí deve haver tributação”.

As plataformas digitais exigem intervenção da OCDE, os Estados de mercado exigem atenção e alteração dos conceitos de forma a conseguir ter alguma possibilidade de tributar os negócios digitais em causa e os Estados em que estão sedeadas as maiores empresas digitais afiguram-se contra todas as alterações<sup>258</sup>.

As soluções propostas e discutidas passam por um leque de possibilidades, desde a alteração completa dos critérios da fonte e residência e abandono, consequente, do conceito de EE até à criação de novas regras e conceitos. O problema é que qualquer alteração a este nível tão global exige a concordância unânime dos Estados, o que é muito difícil, senão impossível acontecer, pois como vimos anteriormente, os Estados tradicionalmente encarados como residência perseguem uns interesses e os Estados de fonte, assim considerados historicamente reclamam a incorreta distribuição das competências.

A OCDE comprometeu-se avançar com uma solução a longo prazo até finais de 2020, porém, entretanto houve Estados a tomar iniciativa de adotar medidas unilaterais<sup>259</sup>, que

---

<sup>258</sup> Para o efeito, os Estados Unidos da América, sendo Estado residência da maioria das plataformas de comunicação e publicidade expressam inequivocamente o seu desacordo com todas as medidas propostas no seio da OCDE, conforme nota Aleksandra Bal – *Halfway...*, pág. 2.

<sup>259</sup> Como, por exemplo – Reino Unido (relativamente ao DPT que Reino Unido criou, nota Lee Sheppard (cfr. *Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes*, Bulletin for International Taxation 72, no. 4 2018, pág. 5) que é a tentativa mais ousada de reinventar o conceito de EE) e Austrália (que visam atingir grandes multinacionais), Arábia Saudita, Israel e Índia (que visam aplicações alternativas ao conceito de EE, segundo os mesmos autores) Hungria, Itália, (e a Índia, que criou o imposto sobre os anúncios online (6% a operar através de retenção na fonte) visam atingir negócios *online* específicos) e ainda Turquia (que visa introduzir tributação através de retenção na fonte no que toca aos negócios digitais). A categorização das medidas adotadas pelos Estados foi feita por Lisa Spinosa e Vikram Chand, *A Long-Term...*, pág. 480.

Espanha está a ponderar a introdução do imposto sobre publicidade, intermediação e transferência de informação *online*, conforme nota Francisco Correa – *The Spanish Digital Service...*, pág. 347 e, podemos acrescentar que a Áustria, República Checa e Turquia também estão a ponderar a introdução de um imposto semelhante. Curiosamente, França também criou o imposto digital de 3% contrariamente às recomendações dos EUA, em julho de 2019, ao que os EUA ameaçaram com a introdução de sanções económicas contra a França, conforme relata Stephanie Soong Johnston – *OECD Digital Tax Work a Priority For United States, Mnuchin Says*, Tax Notes International, fevereiro, n.º 13, pág. 810. As mesmas ameaças foram feitas ao Reino Unido, conforme nota a mesma autora, cfr. pág. 811.

Porém, importa notar que a OCDE e a União Europeia, que nestas matérias operam de forma paralela, não estão de acordo com a ideia dos Estados “avançarem” com iniciativas próprias, pois estas vão trazer problemas não resolvidos pelas convenções e obstáculos ao investimento e ao comércio (por outro lado, parece que a OCDE está descontente com as práticas em causa porque podem pôr em causa a sua autoridade. Porém o exemplo do imposto adotado pela Índia só prova que a OCDE tem de ter em forte consideração as políticas e opiniões de alguns dos maiores Estados, mesmo que estes não façam parte da organização em si). Por outro lado, tais desenvolvimentos mostram que os EUA não podem manter-se de lado às políticas de OCDE, pois mesmo sendo contrários às mesmas, são alvo de ataques “unilaterais” por parte dos Estados.

não podemos dizer que foram bem vindas por parte da OCDE, mas mostraram, de certo modo, a necessidade clara de agir, no sentido de obter uma solução unânime.

## 9.2 Posição da OCDE e as propostas atuais

A OCDE caracteriza os problemas em três categorias – *nexus* (ligação), informação e caracterização. O *nexo* está posto em causa por causa da desmaterialização da interação entre os agentes económicos e os seus consumidores. A informação também sublinha a facilidade de angariação, fornecimento e utilização de informação pessoal no mundo desmaterializado. Isto coloca dúvidas sobre como reagir ao valor criado através da geração e utilização de informação no espaço digital e como classificar produtores e utilizadores de informação para efeitos de tributação. Por fim, a caracterização aponta para a criação de novos produtos ou meios de entrega de bens e serviços e a forma de caracterização dos mesmos, especialmente no âmbito do sistema de *cloud computing*. Por fim, tudo isto só sublinha a diferença espacial que existe entre o local de operação de uma empresa e o local onde o lucro é verdadeiramente criado. Notam António Santos e Cidália Lopes que o BEPS identifica a mobilidade e dependência de informação como principais obstáculos à tributação nos termos como nós os conhecemos<sup>260</sup>. Blum acrescenta ainda a importância dos direitos de propriedade privada (intangíveis)<sup>261</sup>.

Na Ação 1, a OCDE, para além de propor alterações ao conceito de EE, conforme já referimos *supra*, também recomendou a reposição do conceito de *nexo* (historicamente caracterizado e interligado com o conceito de presença física em que se baseia o EE) pelo critério de presença económica significativa, baseando-se na ideia que a presença física já não é tão indispensável para beneficiar da criação de rendimentos no Estado. Consequentemente, as pretensões tributárias poderiam ser justificadas através de um conjunto de elementos que permitissem concluir pela existência de presença económica significativa.

Entre os elementos propostos destacam-se, sobretudo, os valores de rendimento obtidos através das transações naquele Estado; existência de um *domain name* ou possibilidades

---

Daí que os EUA já admitiram que caso a OCDE crie uma solução a longo prazo, os EUA aceitam submeter-se a ela mas só se esta substituir as medidas unilaterais tomadas pelos Estados acima referidos – cfr. Stephanie Soong Johnston – *OECD Digital Tax...*, pág. 811.

<sup>260</sup> António Carlos dos Santos e Cidália Mota Lopes – *Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment*, EC Tax Review, n.º 5-6, 2016.

<sup>261</sup> Daniel Blum – *Permanent Establishments...*, pág. 316.

de pagamento locais; recolha de informação ou contratos celebrados com os utilizadores naquela jurisdição<sup>262</sup>.

Outra solução proposta passa pela opção de retenção na fonte nas transações digitais. Porém, as críticas que podemos apontar a este método passam, sobretudo, pela sobrecarga das autoridades tributárias, dificuldades de cálculo e a geral aproximação deste método aos impostos indiretos sobre o consumo, o que não nos parece adequado neste contexto de imposto sobre rendimento.

Existe ainda a opção de imposto de equalização, que operará de forma algo semelhante ao IVA aplicável aos não residentes. A este método igualmente podemos apontar a crítica de afastar-se do campo de imposto direto, afastamento este que não nos parece totalmente correto. Porém, a própria OCDE não recomendou a aplicação de nenhum destes métodos especificamente, alegando que haverá futuros trabalhos de forma a atingir consenso.

A última proposta passa pela criação de *bit-tax*, ou imposto sobre o volume e tamanho de *website*. Pese embora a doutrina parece apenas desprezar esta opção<sup>263</sup>, a nós esta opção parece ser menos viável de todas, pois por um lado, esta é a medida mais fácil de contornar em termos práticos (criando *websites* de uma página apenas) e, por outro lado, um *website* maior não significa maior interação ou maior lucratividade, pelo que consideramos o critério incorreto por si.

Pese embora a OCDE na Ação 1 elencou estas medidas, a mesma expressamente propôs aos Estados não adotar nenhuma dessas medidas, considerando necessários futuros desenvolvimentos das mesmas. Porém, a doutrina apresenta toda uma panóplia de propostas a adotar e caminhos a seguir.

Marie Sapirie entende (concordando com Rifat Azam) que o foco deve ser nos três fatores: utilizadores (porque constituem uma amostra do *nexus* que se estabelece<sup>264</sup>), trabalhadores (que mesmo na era digital, continuam a ser essenciais para o bom

---

<sup>262</sup> A isto Blum alega que não é um critério válido porque podem ser pessoas “de fora” e de passagem naquele Estado a celebrar contratos – idem, pág. 320.

<sup>263</sup> Cfr. Daniel Blum - *Permanent Establishments...*, pág. 324.

<sup>264</sup> No mesmo sentido, veja-se Yariv Brauner e Pasquale Pistone - *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, Bulletin for International Taxation 72, no. No. 4a/Special Issue, 2018, pág. 2. Estes autores entendem que os utilizadores não apenas consomem os produtos, mas sim fazem com que estes produtos tenham mais valor.

funcionamento da empresa) e propriedade intelectual (*R&D* que mostra que naquele sítio há pessoas interessadas em investigação e desenvolvimento)<sup>265</sup>.

Blum nota que a OCDE pondera alterações ao EE para conseguir dar resposta aos serviços digitalmente presentes. Assim, para os negócios dirigidos e concluídos apenas no espaço digital, a solução para classificação do Estado da fonte como tal, passará pela identificação se a empresa tem “presença digital significativa” naquele Estado<sup>266</sup>. Tendo em conta as propostas da OCDE em como caracterizar esta presença digital significativa, Blum critica alegando que por um lado, são todas visões objetivas e, por outro lado, todos os critérios têm efeito limitativo, aplicando-se somente e apenas às operações que decorrem no âmbito digital (ou seja, toda a transação deve ser digital, não podendo envolver elementos físicos)<sup>267</sup>.

Assim, Lisa Spinosa e Vikram Chand<sup>268</sup> compreendem que o critério de presença económica significativa deveria ser a opção prevalente, ao passo que para os modelos de negócio somente digitais, poderia ser criada uma regra semelhante às que existem nas convenções bilaterais relativas aos rendimentos passivos<sup>269</sup>.

Porém, Vladimir Starkov compreende que os métodos de determinação do valor de um utilizador têm um elevado grau de subjetividade<sup>270</sup>, a que nós acrescentamos que isto poderá trazer dificuldades ou até injustiça na alocação de poderes tributários e classificação de EE na falta de presença física.

Wolfgang Schon tem uma visão crítica da alteração do conceito de EE com base no conceito de presença física significativa<sup>271</sup>. Entende este autor que basear o novo conceito em “criação de valor” é arriscado, pois não é claro como aplicar o conceito por si às novas

---

<sup>265</sup> Marie Sapirie - *Permanent Establishment and the Digital Economy*, Bulletin for International Taxation, vol. 72, no. 4, 2018, pág. 2.

<sup>266</sup> Daniel Blum- *Permanent Establishments...*, pág. 324-325.

<sup>267</sup> Idem, pág. 325.

<sup>268</sup> Lisa Spinosa e Vikram Chand – *A Long-Term...*, pág. 493.

<sup>269</sup> Ie, dividendos, *royalties*, juros. No mesmo sentido de introduzir mais uma cláusula nas convenções que tratasse das matérias em apreço, veja-se Peter Hongler e Pasquale Pistone – *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015-15, disponível através do seguinte link:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2591829](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591829).

<sup>270</sup> Vladimir Starkov e Oceana Wang - *What Is The Value of Users, Anyway? How to Value The User Contribution to Digital Enterprises*, Tax Notes International, janeiro, nº 20, 2020, pág. 395.

<sup>271</sup> No mesmo sentido, veja-se Alexandra Bal – *Halfway towards Consensus or Chaos? Taxation of the digital economy at the crossroads*, IBFD, 2018, pág. 6, Martin A. Sullivan – *A Simple Explanation of the Sophisticated Case for Digital Taxes*, Tax Notes International, fevereiro, nº 3, 2020, pág. 476.

realidades<sup>272</sup>; por outro lado, entende que o conceito de Estado de mercado não é coincidente com o conceito de Estado da fonte<sup>273</sup>, pelo que alega este autor que a solução deveria passar pela atenção ao critério de “investimento digital”, que seria uma forma de conjugar o sistema existente com as novas realidades, até porque (e nisto concordamos com este autor) os modelos de negócio estão em vias de avançar para áreas somente digitais, mas no entanto hão de continuar a existir “verdadeiros” EEs com presença física, pelo que não se pode alterar o modelo existente de maneira “muito” radical.

Dale Pinto propõe uma solução alternativa – a adesão ao sistema de dedução na fonte reembolsável<sup>274</sup>, que passa pela tributação através da retenção nos Estados da fonte, que terá uma taxa uniforme em todos os Estados e que será aplicável a todos os negócios de *e-commerce*, sendo reembolsáveis se o total grosso obtido naquele Estado da fonte for inferior a um limite mínimo definido. Porém, podemos argumentar se este sistema é compatível com o princípio da neutralidade, pois só os vendedores não residentes serão objeto desta retenção na fonte<sup>275</sup>. Podemos também acrescentar a isto, uma sobrecarga das Autoridades Tributárias, que terão de analisar as situações de forma a devolver os montantes justamente devidos, o que pode ser difícil no âmbito do comércio eletrónico, dada a facilidade de movimentação de pessoas e capitais e a mesma razão pode, inclusive, dar origem a mais esquemas de planeamento fiscal abusivo e desvio de capitais.

Por fim, importa falar da solução revolucionária proposta por Wei Cui<sup>276</sup>. Nesta proposta Wei Cui propõe comparar a presença digital significativa com o pagamento de *royalties*. Este autor entende que, salvo devidas exceções entre os recursos minerais e os recursos dos utilizadores, ambas geram valor económico específico baseado na localização. Nota Sullivan que, com estes mecanismos, poderia contornar-se o problema de cálculo do valor a que os Estados de mercado têm direito, pagando as multinacionais um certo valor pela

---

<sup>272</sup> Wolfgang Schon – *Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy*, Bulletin for International Taxation, abril/maio de 2018 ou também SSRN Electronic Journal, 2018, 278–92, também disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3091496>, pág. 286 e ss.

<sup>273</sup> Idem, pág. 288. No mesmo sentido conclui Francisco Correa – *The Spanish Digital Service Tax...*, pág. 348.

<sup>274</sup> Dale Pinto – *The Need...*, pág. 277. No mesmo sentido pronuncia-se Perna Peshori, defendendo a aplicação de retenção na fonte e o critério de presença económica significativa – cfr. *Is the OECD's Unified Approach Proposal A Step in the Right Direction?*, Tax Notes International, dezembro, n.º 9, 2020, pág. 907.

<sup>275</sup> Crítica essa que o próprio Dale Pinto invoca – cfr. Dale Pinto – *The Need...*, pág. 288.

<sup>276</sup> Cui, Wei and Nigar Hashimzade – *The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent*, CESifo Working Paper Series No. 7737 January, 2019, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3321393](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3321393) e Wei Cui – *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense*, Tax Law Review, Forthcoming, abril 2019, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3273641](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273641), acesso em 11 de março 2020.

“extração de recursos” e “renda económica” sobre os valores de rendimento que este investimento inicial em “extração” gerou.<sup>277</sup>

Claro que podemos apontar as nossas críticas à proposta em causa, a começar pela dificuldade de cálculo do montante sujeito a imposto e a terminar com a possível dupla tributação, porém não podemos deixar de expressar que parece-nos ser a solução mais original e mais apta a obter consenso universal, considerando que opera através de conceitos conhecidos, sem alterar muito o panorama atual de distribuição de competências.

### **9.3 Iniciativa Europeia – Proposta de Diretivas**

A Comissão Europeia apresentou, em março de 2018, duas propostas de Diretivas<sup>278</sup> que visam responder às preocupações do legislador fiscal tendo em consideração os desafios da economia digital.

Assim, a proposta da primeira Diretiva visa dar uma resposta a longo prazo e procura alterar o conceito de EE na União Europeia, de forma a permitir aos Estados-Membros a tributação de empresas sem que as mesmas tenham presença física no Estado em causa.

Com efeito, a Comissão propõe regras para garantir a determinação da presença digital significativa, considerando para o efeito que a mesma tem lugar sempre que haja verificação de alguma das circunstâncias:

- i) Haja receitas anuais superiores a 7 milhões de euros num Estado-Membro;
- ii) Haja um número de utilizadores superior a cem mil num determinado período fiscal num determinado Estado Membro; ou
- iii) Haja celebração de mais de 3 mil contratos comerciais envolvendo serviços digitais.

---

<sup>277</sup> Martin A. Sullivan - *A Simple Explanation of the Sophisticated Case for Digital Taxes*, Tax Notes International, fevereiro, nº 3, 2020.

<sup>278</sup> *Proposal for a Council Directive on the Common System of a Digital Services Tax on Revenues Resulting from the Provision of Certain Digital Services*, 21 March 2018, COM(2018) 148 final, disponível através do seguinte link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A148%3AFIN>, acesso em 23 de Fev. De 2020; *Proposal for a Council Directive Laying down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence*, 21 March 2018, COM(2018) 147 final, disponível através do seguinte link: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/proposal\\_significant\\_digital\\_presence\\_21032018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_significant_digital_presence_21032018_en.pdf), acesso em 23 de Fev. De 2020.



A proposta passa, inclusive, pela criação de artigos alternativos para utilizar nas convenções de dupla tributação a operar entre os Estados Membros (não afetando, porém, as convenções assinadas com os Estados terceiros). Nota Raul-Angelo Papotti que “A proposta acerca da presença digital significativa, a longo prazo, da Comissão Europeia baseia-se na assunção que a provisão dos serviços digitais através das plataformas digitais pode criar um EE virtual para as empresas não residentes, em que os utilizadores terão a posição chave na criação do valor”<sup>279</sup> (tradução livre nossa).

A proposta da segunda Diretiva assenta na criação de um imposto provisório incidente sobre determinados rendimentos resultantes de atividades digitais. Esta medida visa, por um lado, dar resposta às pretensões dos Estados de não se sentirem “locais de mercado” das entidades estrangeiras com forte presença digital na Europa e por outro lado, evitar a adoção de medidas unilaterais por parte dos Estados-Membros.

Assim, o *Digital Service Tax* consistirá numa taxa de 3% sobre os rendimentos provenientes de determinadas atividades digitais, desde que estes sejam provenientes de entidades consideradas sujeitos passivos. Para o efeito, as entidades em causa devem apresentar 750 milhões de euros de rendimento total, dos quais pelo menos 50 milhões devem ser obtidos no território da União Europeia.

Os serviços que serão o principal “alvo” do imposto em causa são:

- i) Venda de espaços nos sites para publicidade;
- ii) Transmissão de dados recolhidos a partir das informações dos utilizadores;
- iii) Atividades que poderão permitir interação entre os utilizadores e os proprietários dos serviços e bens.

Note-se, no entanto, que esta proposta reprovou na fase de aprovação unânime por parte dos Estados - Membros da UE<sup>280</sup>.

Nota Lee Sheppard que a União Europeia é contra a aplicação do mecanismo de retenção na fonte<sup>281</sup>, pois isso poderia afetar a capacidade de colheita tributária. Neste sentido,

---

<sup>279</sup> Raul-Angelo Papotti e Martha Caziero - *Analyzing the Italian Digital Services Tax Through European Glasses*, Tax Notes International, novembro, nº 4, 2020, pág. 427.

<sup>280</sup> Nota Rick Minor que tal deve se dever ao facto de alguns Estados preferirem o imposto único mínimo pois tanto as tesourarias nacionais como os investidores estrangeiros beneficiarão mais— cfr. *European Parliament...*, pág. 185.

<sup>281</sup> Lee Sheppard – *Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes*, Bulletin for International Taxation, nº 72, 4a Special Issue, 2018.

concordamos com Wolfgang Schon que alega que a retenção na fonte nestas condições trará muitas dificuldades de coordenação interna e externa para as autoridades tributárias.<sup>282</sup>

O problema embate de novo na necessidade de uniformidade de aprovação das matérias em causa, sendo este debate de difícil conciliação entre os Estados, até porque as alterações em causa trarão a realocação significativa das competências tributárias dos Estados e das receitas fiscais<sup>283</sup>. Por outro lado, pese embora a OCDE e a União Europeia tomem medidas algo compatíveis entre si e na mesma direção, a conciliação ao mais alto nível será necessária de forma a evitar sobreposições de tributação<sup>284</sup>.

Por outro lado, algumas soluções propostas no âmbito das Diretivas *supra* identificadas podem entrar facilmente em conflito com as liberdades fundamentais garantidas no seio da União Europeia, tanto aos residentes como aos não residentes<sup>285</sup>, pelo que todas as medidas propostas e aceites terão de ter aplicação plena, não só aos residentes ou não residentes nos Estados não signatários das convenções de dupla tributação, mas também aos residentes na União Europeia<sup>286</sup>.

De qualquer maneira, sendo reprovada a proposta de Diretiva, parece que a UE esperará pelas medidas anunciadas pela OCDE para o final de 2020, para aderir às mesmas ou apresentar novas propostas próprias, capazes de “conviver” com as novas soluções de OCDE.

---

<sup>282</sup> Wolfgang Schon – *Ten Questions...*, pág. 290 e ss.

<sup>283</sup> Nota Elodie Lamer que há muita discordância no seio da União Europeia relativamente às soluções propostas – cfr. *EU to Give Scattered Response To Digital Tax*, Tax Notes International, janeiro 2020, n.º 27, pág. 436.

<sup>284</sup> No mesmo sentido, veja-se Karina Ponomareva - *Comparison of Proposals to Adjust the Permanent Establishment Concept to the Digital Economy*, vol. 73, no. 11, 2019, pág. 9 e 10. Por outro lado, tal cuidado foi de seguida expressamente reconhecido pela Comissão Europeia, conforme nota Rick Minor, cfr. *European Parliament Weighs In on OECD Digital Work Program*, International Tax Notes, janeiro 2020, n.º 13, pág. 183.

<sup>285</sup> No mesmo sentido – Liza Spinoza e Vikram Chand, pág. 481. Estes autores alegam que tais disposições podem, inclusive, ser incompatíveis com as Constituições de alguns dos Estados europeus e, ainda, Rita Szudoczky e Balázs Károlyi - *The Troubled Story of the Hungarian Advertisement Tax: How (Not) to Design a Progressive Turnover Tax*. Intertax 48, no. 1, 2020, pág. 55 e ss.

<sup>286</sup> Notam Raul-Angelo Papotti e Martha Caziero- *Analyzing...*, pág. 425. Acrescentam a isso Georg Kofler e Julia Sinnig que a aplicação selectiva das disposições poderão levar à violação do Acordo Geral de Comercio e Serviços da WTO – cfr. *Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax*, Vol. 47(2) Intertax 176 (2019).

#### 9.4 A proposta de “Abordagem Unificada” e a sua ligação com o estabelecimento estável

Na sequência da Ação 1 ter identificado “nexo, informação e caracterização” como os principais desafios ao sistema tradicional de tributação, a OCDE continuou a trabalhar no desenvolvimento dos conceitos, pois a própria Ação 1, ao propor novas medidas à discussão, não recomendava a utilização delas até ao futuro desenvolvimento e profunda compreensão de todos os pros, contras e formas de implementação.

Assim, foram feitos trabalhos contínuos no campo do desenvolvimento das matérias tributárias relativas aos problemas elencados pela Ação 1. Desta maneira, em março de 2018 viu luz o *Interim Report*<sup>287</sup>, que reforçava as conclusões da Ação 1, e em janeiro de 2019 saiu a *Policy Note*, que agrupava as propostas em dois Pilares. O primeiro focava-se na distribuição de pretensões tributárias entre os Estados, problemas de desadequação de conceitos tradicionais, tais como EE, futuro da multicooperação, pressão política sobre multinacionais e prevenção de medidas unilaterais. O segundo visava trabalhar no sentido de alcançar o limite mínimo de tributação corporativa.

Em março 2019, a *Policy Note* foi posta à discussão e aberta a propostas, sendo que em maio do mesmo ano os trabalhos resultaram no Programa de Trabalhos (*PoW*). Quando se concluiu que os métodos propostos tratavam de problemas e soluções algo idênticos, foi criado o *Unified Approach*<sup>288</sup> ou Abordagem Unificada, que permitia a conciliação na obtenção de consenso no âmbito do Primeiro Pilar, que em outubro de 2019 foi posto à discussão.

Após ter recebido comentários e propostas de todo o mundo, foram, então, discutidas as maneiras de dar resposta aos problemas, de forma a chegar a uma conclusão única a longo prazo no final de 2020, e viu luz o relatório da OCDE que contempla as soluções tendo em conta os comentários recebidos<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> OCDE - *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, 2018, disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>, acesso a 3 de março de 2020

<sup>288</sup> Public Consultation document Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>, acesso a 1 de março de 2020.

<sup>289</sup> Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, disponível através do seguinte link: <http://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>, acesso a 1 de março de 2020.

### 9.4.1 Pilar 1

Este documento serve o seu propósito de dar resposta aos problemas, adaptando os direitos tributários aos novos modelos de negócio, tendo em conta as pretensões dos Estados mercado. A proposta passa pela criação de três tipos de rendimento tributável – Valor A, Valor B e Valor C<sup>290</sup>.

O Valor A trata de uma fórmula aplicável aos valores residuais, criando um direito de tributar completamente novo; o Valor B cria a remuneração fixa para serviços de marketing e distribuição que operam no Estado mercado; o Valor C trata da prevenção de disputas e dúvidas.

#### 9.4.1.1 Valor A

Trata-se de um valor residual que se aplica em relação aos Estados da produção, calculado através de uma fórmula. Permite, ainda, ser aplicado na falta de verificação de EE fixo (permitindo a alocação de rendimentos ao Estado onde tal foi produzido) e constitui a principal resposta algo unânime aos problemas de tributação da economia digital. Nota Leopoldo Parada que tal medida não corresponde à eliminação do tradicional conceito de EE, mas antes aplica-se “em cima” do mesmo<sup>291</sup>.

O primeiro foco de aplicação desta medida será, portanto, a venda de serviços automatizados e padronizados ao público globalizado, que utilizam informação obtida ou fornecida pelos utilizadores de forma a interagir com os potenciais consumidores<sup>292</sup>. A fórmula do Valor A, visa atingir as vendas diretas de bens intangíveis aos consumidores, com ou sem intervenção de intermediários (sejam eles pessoas ou espaços físicos, *i.e.*, os EE’s subjetivos e reais). Trata-se de vendas para usos pessoais, não comerciais ou profissionais<sup>293</sup>, e também incluem-se aqui as vendas através de franquias e cedências de marca registada<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> § 10 do *Statement*...

<sup>291</sup> Leopoldo Parada – *The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis*, Tax Notes International, dezembro, nº 16, 2019, pág. 984.

<sup>292</sup> Nesta categoria serão incluídos engenhos de pesquisa *online*, redes sociais, operação de plataformas de vendas *online* – *marketplaces*, transmissão em direto de conteúdo digital, incluindo jogos *online*, serviços *cloud* e o principal causador do problema, serviços de publicidade *online* – cfr. § 22 do *Statement*...

<sup>293</sup> § 23 do *Statement*...

<sup>294</sup> § 27 do *Statement*...

Nota o *Statement* que, no entanto, as atividades do sector financeiro, exploração de recursos naturais de um Estado e os rendimentos obtidos por exploração de aviões e navios no tráfico internacional não serão abrangidos pelo Valor A<sup>295</sup>.

No entanto, o Valor A não será aplicável a todos os operadores no mercado, pois existirão os limites mínimos de aplicação. Os limites de aplicação são, sobretudo, a aplicação da fórmula aos grandes grupos multinacionais que apresentem um valor grosso de lucro (a proposta será a mesma que no *Country-by-Country Report* – 750 Milhões anuais<sup>296</sup>), este valor terá de ser do grupo na sua totalidade, abandonando assim a ideia tradicional de separação das entidades.

A ligação que permitirá a aplicação do Valor A terá de ser uma que justifique a interação através de indicadores de interação significativa e sustentada com os Estados de mercado. O Relatório apela, por um lado, a um critério de temporalidade<sup>297</sup> (algo semelhante ao critério temporal no EE fixo) e o valor a tributar será anual, sendo que os gastos e perdas suportados serão tidos em conta aquando da contabilização final.

A fórmula proposta tem vários passos, que, no final, atribuem o valor permitido à tributação pelos Estados mercado. Porém, nota Perna Peshori que tal valor permite um direito de tributação muito limitado e muito reduzido<sup>298</sup>.

O principal problema que pode ser criado ao calcular e aplicar o Valor A passa pela dupla tributação, que pode ter lugar quando forem conjugados os Valores A, B e C<sup>299</sup>. Porém, afirma o Relatório que as medidas atuais de isenção e crédito, serão capazes de dar resposta ao mesmo, porém será necessário determinar que Estado terá que dar uso aos

---

<sup>295</sup> § 30, 31 e 32 do *Statement*.... Leopoldo Parada não entende, porém, as razões atrás de uma decisão tão concreta da OCDE - cfr. *The Unified Approach*...,pág. 985. Já Nana Ama Safo critica a pouca concretização de “serviços financeiros” que estarão fora da aplicação de novas medidas – cfr. *Pillar 1 Carveout Chaos*, Tax Notes International, janeiro, nº 13, 2020, pág. 133.

<sup>296</sup> Assaf Harpaz critica este valor tão elevado e entende que tem que ser mais baixo, de forma a ser mais abrangente, pois entende que isto será mais de acordo com as políticas gerais da OCDE que passam pelo acompanhamento de transformação digital da economia – cfr. *The OECD Unified Approach: Nexus, Scope, and Coexisting With DSTs*, Tax Notes International, dezembro, nº 9, 2019, pág. 909. No mesmo sentido Leopoldo Parada – *The Unified Approach*..., pág. 985, porém, o argumento deste autor passa mais pela preocupação que poderá haver Estados a receber “trocos”, se é que sequer irão receber algo a título de tributação.

<sup>297</sup> § 37 do *Statement*...

<sup>298</sup> Perna Peshori – *Is the OECD's Unified Approach Proposal A Step in the Right Direction?*, Tax Notes International, dezembro, nº 9, 2020, pág. 906. Acrescenta a mesma que isto é razão de discordância por parte dos Estados mercado.

<sup>299</sup> Especialmente se tivermos em conta que os Valores B e C baseiam-se no princípio dos preços de transferência, enquanto o Valor A é uma fórmula estática que, ao mesmo tempo, apresenta carácter algo subjetivo – no mesmo sentido, cfr. Perna Peshori – *Is the OECD's*..., pág. 906.

mecanismos de eliminação da dupla tributação, e se for mais que um Estado, que valor será isento/ creditado<sup>300</sup>. Acrescenta a isto, ainda, o facto que nem todos os Estados têm celebrado convenções de dupla tributação.

De qualquer maneira, este é um ponto em que o Relatório reconhece a necessidade de continuação de desenvolvimento das propostas em causa<sup>301</sup>.

#### **9.4.1.2 Valor B**

Este valor reconhece a necessidade de padronização da remuneração dos distribuidores (constituídos sob forma de EE ou apenas subsidiária) que comprem os bens aos produtores com fins de revenda. O objetivo deste valor, conforme nota o Relatório, passa pela simplificação da relação entre a administração e os sujeitos passivos na matéria de preços de transferência e preços a praticar aquando da venda dos bens inclusive numa relação intra-grupo.

Este Valor não foi aprofundado de maneira tão desenvolvida como o Valor A, sendo que os seguintes pontos ficaram de ser desenvolvidos nos trabalhos posteriores: a definição das atividades, indicador do lucro apropriado, estruturação da percentagem fixa, utilização de informação publicamente disponível para justificar a percentagem e a possível necessidade de ponderação de tratamento diferenciado entre regiões e indústrias.

No entanto, parece-nos seguro afirmar que este Valor B irá também beneficiar e aproveitar o conceito de EE existente, na medida em que assegura um maior controlo do desempenho e classificação das atividades como preparatórias ou auxiliares, aliviando o ónus da prova que recai sobre os sujeitos passivos e facilita o controlo sobre a fragmentação das atividades plenas por parte das entidades parentes.

#### **9.4.1.3 Valor C**

Este Valor C é qualquer montante que exceda o retorno fixo abaixo do Valor B, que permitirá tributação das operações abaixo do limite dos preços de transferência.

Por outro lado, é no âmbito do valor C que surge a aparente implementação da criação ou adaptação de mecanismos obrigatórios de arbitragem, como resolução de problemas e dúvidas. Nota Leopoldo Parada que o próprio conceito é confuso por um lado, e por outro,

---

<sup>300</sup> § 48 e ss. de *Statement* ...

<sup>301</sup> § 52 e 69 de *Statement* ..., sobretudo, aquando se reconhece que a fórmula será de simples aplicação.

a medida unilateralmente proposta pela OCDE não é bem-vinda por todos os países, sobretudo pelos Estados em desenvolvimento<sup>302</sup>.

Por fim, cumpre concordar com Rick Minor, que entende que a proposta sob o Pilar 1 apresenta um caminho idêntico ao proposto pela Diretiva sobre presença digital significativa<sup>303</sup>, e ainda, Ana Paula Dourado conclui que se trata de uma medida que é uma média entre tributação digital e a tentativa de alocar os direitos de tributação aos Estados de mercado<sup>304</sup>.

#### **9.4.2 Críticas à “Abordagem Unificada” e a aplicação de novos métodos**

O Relatório reconhece que a aplicação de novas medidas exigirá dos Estados a colaboração ao nível de alteração da legislação interna de forma a conseguir assegurar a tributação sob novas regras<sup>305</sup>.

Por outro lado, a doutrina aponta fortes críticas aos critérios fixos, sobretudo à fórmula de cálculo do Valor A, alegando que a realidade está em constante evolução, o que pode não jogar bem com a estática da fórmula a aplicar<sup>306</sup>.

Os conceitos precisam de aprofundamento<sup>307</sup> e trabalho cuidadoso por parte da OCDE, de forma a garantir o correto entendimento e concordância dos Estados, sob pena de trazer à colação medidas algo discriminatórias<sup>308</sup> e injustas. Por outro lado, é preciso haver colaboração dos Estados nesta matéria de criação de mecanismos alternativos (para os Estados que não recorrem à arbitragem obrigatória, por exemplo).

Ana Paula Dourado considera que se trata de um mecanismo demasiado complexo, que realça a diferença entre a economia digital e economia tradicional e acaba por não alocar os direitos tributários aos Estados de mercado propriamente ditos<sup>309</sup>.

---

<sup>302</sup> Leopoldo Parada, pág. 987 e, ainda, Ryan Finley – *Africa Must Go Beyond OECD's Digital Economy Proposals*, Tax Notes International, fevereiro, nº3, 2020, pág. 582.

<sup>303</sup> Rick Minor – *European Parliament...*, pág. 183.

<sup>304</sup> Ana Paula Dourado – *The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution*, Editorial, Intertax, Vol 48, Issue I, 2020.

<sup>305</sup> § 84 – o mesmo reconhece que para tal, possivelmente terá de ser assinada mais uma convenção multilateral, porém só entre os Estados que não tenham celebrado entre si uma convenção de dupla tributação.

<sup>306</sup> Neste sentido – Perna Peshori- *Is the OECD's...*, pág. 906-907.

<sup>307</sup> No mesmo sentido, Leopoldo Parada – *The Unified...*, pág. 984.

<sup>308</sup> No mesmo sentido, Assaf Harpaz - *The OECD's...* pág. 910.

<sup>309</sup> Ana Paula Dourado – *The OECD Unified Approach...*, pág. 8. No mesmo sentido, pronuncia-se Maarten Floris de Wilde – *On the OECD's "Unified Approach" as Frankenstein's Monster*, Guest Editorial, Intertax, Vol. 48, nº.1, pág. 13.

Não é bem claro se os Valores serão aplicados somente e apenas aos serviços digitais ou se também irão ser aplicáveis aos comércios tradicionais. Parece que a solução mais sensata passaria pela aplicação a ambas as formas de negócios<sup>310</sup>.

Nota Assaf Harpaz, que a nova proposta dificilmente se concilia com as medidas unilaterais adotadas pelos Estados<sup>311</sup>. Leopoldo Parada nota, a este respeito, que a discussão atualmente já não passa por onde o valor é criado, mas sim, se os Estados se defendem através de medidas unilaterais (que podem trazer complexidade acrescida, incertezas e dupla tributação) ou através de uma medida coordenada<sup>312</sup>.

Prerna Peshori propõe, por um lado, limites separados para as vendas a nível global e a nível local, aplaudindo, no entanto, o critério de limite baseado nas vendas.

Hans Wille entende que o Pilar 1 não devia ser considerado uma prioridade, dado não concordar com as políticas de atribuição de direitos tributários aos Estados de mercado onde estão localizados os utilizadores como criadores de valor<sup>313</sup>. Para este autor o futuro deveria passar pelo limite mínimo de tributação, cujo desenvolvimento é visado pelo Pilar 2. Mindy Herzfeld concorda que o Pilar 2 aparenta trazer mais capacidade de conseguir o consenso internacional, mas, no entanto, nota que terá de haver mais desenvolvimento por parte da OCDE no que toca às atividades que serão isentas destas medidas<sup>314</sup>.

Por fim, há ainda opiniões que criticam os rápidos avanços da OCDE: assim entende parte da comunidade fiscal internacional que o Projeto BEPS, ainda não esteve em funcionamento tempo suficiente para se perceberem frutos do mesmo, e já temos novas medidas revolucionárias (que alguns apelidam de BEPS 2.0)<sup>315</sup>. Mindy Herzfeld entende que o nome oficial do documento sugere um âmbito maior do que aquele que o BEPS se propunha abranger, o que coloca dúvidas relativamente à segurança jurídica aos

---

<sup>310</sup> No mesmo sentido, idem pág. 911.

<sup>311</sup> Idem, pág. 912. No mesmo sentido, Leopoldo Parada – *The Unified...*, pág. 989, Barry Larking - *OECD Buried Under Avalanche of Pillar 1 Tax Reform Comments*, Tax Notes International, janeiro, nº. 13, 2020, pág. 155.

<sup>312</sup> Leopoldo Parada – *The Unified...*, pág. 983.

<sup>313</sup> Hans Georg Wille – “The OECD’s Unified...”, pág. 1021 e 1023.

<sup>314</sup> Mindy Herzfeld – *Want a Pillar 2 Exemption? Get in Line*, Tax Notes International, fevereiro, nº 3, 2020, pág. 473.

<sup>315</sup> Para uma síntese de opiniões expressas pelos líderes das grandes multinacionais e Big4, veja-se Santhie Goudar – *Simplicity in Digital Economy Solution May Cause Harm*, Tax Notes International, janeiro n.º 20, 2020, pág. 336.



destinatários do mesmo e sugere que a discussão já saiu dos trâmites do BEPS e economia digital<sup>316</sup>.

#### **9.4.3 A ligação da nova proposta com estabelecimento estável no sentido tradicional**

Não é bem claro como este novo mecanismo operará no que toca à sua convivência com o conceito de EE atualmente existente (conceito baseado em critérios de presença física). Os autores interrogam se tal medida substituirá integralmente o conceito existente, se aplicar-se-á simultaneamente ou se irá trazer problemas de dupla tributação quando se aplica tanto o critério original como as novas medidas.

Assim, aquando da abertura da proposta aos comentários do público, houve várias entidades e multinacionais, que ainda têm presença física significativa através da qual desenvolvem a sua atividade, a pronunciar-se a favor da exclusão das mesmas da proposta em causa. Para o efeito, as empresas farmacêuticas alegaram expressamente que só operam nos Estados onde têm presença física<sup>317</sup>; Volvo alegou que vende mais veículos comerciais através dos seus EE's no sentido tradicional, pelo que esta nova regra só devia ter aplicação quando não houvesse presença física significativa no sentido tradicional<sup>318</sup>; as multinacionais que operam por franquia, entendem que por um lado, somente operam por via de EE's físicos e por outro lado, serão alvo de dupla tributação porque já assim pagam impostos por *royalties*<sup>319</sup>. Por sua vez, as empresas de telecomunicação entendem que a sua atividade deveria estar fora do âmbito de aplicação da nova lei em virtude de não serem somente orientados para os consumidores finais singulares, mas também providenciam serviços às empresas e aos Estados em si. Por outro lado, as mesmas entendem que são devidamente controladas pela regulação nacional e concorrencial e, por fim, operam através de infraestruturas fixas e podem e devem ser consideradas EE's no sentido tradicional<sup>320</sup>.

A título de conclusão, cabe ainda referir que parece-nos que a OCDE tenciona abandonar por completo o *nexus* de presença física. A este propósito nota Vidushi Gupta que o novo

---

<sup>316</sup> Mindy Herzfeld – *The OECD Project That Shall Not Be Named*, Tax Notes International, março , nº 2, 2020, pág. 945.

<sup>317</sup> Nana Ama Safo – *Pillar 1 Carveout Chaos*, Tax Notes International, janeiro, nº 13, 2020, pág. 132.

<sup>318</sup> Idem, pág. 133.

<sup>319</sup> Idem pág. 133, tal visão foi confirmada pelas cadeias de restauração *fast food* e pelas cadeias de hotelaria.

<sup>320</sup> Idem pág. 133.

pré-requisito de atribuição de competências de tributação parece ser a existência de receita e não ligação com o solo, como era com o conceito histórico de EE<sup>321</sup>.

---

<sup>321</sup> Vidushi Gupta - *How Unified Is the OECD's Unified Approach?*, Tax Notes International, dezembro, nº 23, 2019, pág.1145

## Capítulo IX – Conclusões finais

O conceito de EE é um conceito com história secular e reconhecida importância. Trata-se de um conceito cuja correta identificação altera por completo a distribuição de pretensões tributárias entre os Estados. O seu papel certamente não pode ser subestimado e nem pode, por isso, a OCDE deixar de lado este conceito.

Porém, é um dado adquirido que o requisito de presença física já não é essencial na definição de EE como tal, dando agora prevalência à coerência comercial, que nos permite concluir pela existência de EE mesmo na falta de presença física<sup>322</sup>.

No entanto, o sistema fiscal internacional está a enfrentar profundas alterações de forma a acompanhar o desenvolvimento e o andar da tecnologia e economia digital, facilitados pela massificação da Internet e a globalização. Estas alterações são necessárias, mas são de difícil conciliação entre os diversos Estados e exigem numerosas negociações, cedências e alterações, pois trata-se de uma matéria que, por um lado, exige unanimidade das decisões e, por outro lado, é de máxima sensibilidade para os Estados envolvidos (pois trata de pretensões de tributação).

As soluções de alteração do EE tiveram o seu lugar – a OCDE tomou a iniciativa de alterar o conceito de EE na sua Ação 7 do BEPS, sendo que tais soluções atualmente estão consagradas na nova redação da CMOCDE e estão prestes a entrar em vigor quanto às convenções de dupla tributação cobertas<sup>323</sup>. Estas soluções são significativas, criam novos caminhos a seguir, tentam prevenir abusos, mas acusam algumas falhas e suscitam diversos problemas, sobretudo interpretativos e de alteração. A aplicação destas regras exigirá forte iniciativa e colaboração por parte dos Estados no sentido de alteração da legislação interna, de forma a acolher novas disposições.

Porém, em suma, a reação doutrinal em relação ao conceito de EE passa por um leque de opções – desde repensar por completo o âmbito do EE, até criar mecanismos compatíveis com os mesmos. Há doutrina que alega que todo o sistema fiscal tem que ser repensado e critica o Projeto BEPS e a Ação 7, mas a maioria pacificamente concorda que apenas basta alterar alguns aspetos, tornando o sistema mais competitivo com as realidades vividas e desafios colocados. Há doutrina que avança com a proposta de soluções, há

---

<sup>322</sup> Jean Schaffner – *The Territorial Link as a Condition to Create a Permanent Establishment*, Intertax, Vol. 41, n.º 12, Kluwer Law International, 2013, pág. 643.

<sup>323</sup> Desde que os Estados contratantes tenham expresso a sua concordância.

opiniões que apenas limitam-se a criticar as soluções propostas pela OCDE sem fornecer resposta. Há quem critique o Projeto BEPS na sua totalidade, há quem apresente críticas a alguns pontos apenas. Há quem aplauda as iniciativas e há quem ache que é preciso desenvolver os conceitos com maior profundidade.

O principal desafio colocado perante a comunidade mundial neste caso passa por dar resposta às novas realidades, nunca antes presenciadas. O problema é que qualquer nova solução irá trazer dúvidas, provável injustiça na análise caso a caso, possível dupla tributação e incerteza na sua generalidade. O desafio é sério e seja qual for a solução a longo prazo, irá causar desconforto a um certo grupo de sujeitos passivos.

De qualquer maneira, temos que ter em conta que por um lado, a mente humana é criativa e mesmo quando chegarmos a um consenso, haverá maneiras de contornar o sistema – seja porque irão aparecer novos modelos de negócios, seja porque serão criados novos desvios que permitirão contornar a necessidade de pagamento dos impostos. Daí podemos concluir que as soluções novas devem ser flexíveis, para adaptar-se à realidade vivida sem necessidade de alterações constantes<sup>324</sup>.

Por outro lado, o sistema fiscal deve garantir a devida simplicidade, de forma a conseguir entendimento entre os sujeitos passivos e autoridades tributárias competentes. Os contribuintes devem sentir-se assegurados nos seus direitos fiscais, a sua segurança jurídica não deve ser posta em causa pela complexidade do sistema novo ou renovado. As autoridades tributárias, por outro lado, não devem sentir o peso que as novas alterações criam, seja este concretizado em maior esforço económico-social ou em simplesmente entender as novas regras, de forma a explicá-las eficazmente aos sujeitos passivos.

Por fim, entendemos que o conceito de EE não deve ser repensado na sua totalidade, abandonando por completo o conceito secular que tivemos a oportunidade de discutir. Pese embora a situação atual exija soluções mais modernas, entendemos que até toda a prestação de serviços e vendas passar a operar somente online e o comércio tradicional ser abandonado, ainda irá decorrer algum tempo, pelo que não nos parece sensato abandonar o conceito baseado na presença física. Pode-se argumentar que o conceito já não é tão adequado à realidade atual e concordamos com isso, mas entendemos que ainda

---

<sup>324</sup> Nota Piergiorgio Valente que trata-se de “moving targets. Consequently, any new rules must embrace a rapidly changing reality, an endless metamorphosis beyond reasonable expectations” – cfr. *Digital Revolution. Tax Revolution?* Bulletin for International Taxation, Vol. 72, n° 4/a, março, pág. 1

irá promover interação com o Estado da fonte através de presença física e estabelecimento do verdadeiro EE.

Desta maneira, pessoalmente, defendemos a visão que as alterações trazidas pela Ação 7 são de aplaudir, não obstante algumas dúvidas que tivemos a oportunidade de expressar ao longo da presente tese. É uma maneira de evitar abusos com recurso aos EE's e, sendo EE um forte motor de abusos, entendemos que as propostas de alteração deveriam ser de aplicação algo mais obrigatória. Entendemos as razões pelas quais o IML tem tantas disposições de inclusão facultativa (entre as quais as relativas ao EE) mas, no entanto, parece que o objetivo seria mais facilmente atingido se houvesse maior cooperação entre os Estados no sentido de alterar as disposições relativas a este conceito.

Por outro lado, entendemos que deve ser criado um novo conceito de EE digital que não se baseie em EE no sentido tradicional ou, baseando-se, que não o altere significativamente, permitindo aos Estados mercado reclamar assim a sua justa parte de tributação. A resposta aos novos desafios digitais deve ser dada, sem dúvida, porém, não consideramos ser boa ideia abandonar por completo o sistema existente ou alterar de forma irreconhecível o conceito existente.

Daí que aplaudimos a proposta do Pilar 1 – de facto, parece ser a resposta mais sensata por parte da OCDE relativamente a este problema. Sendo o projeto deveras recente, é óbvio que recebe a sua justa porção de críticas, mas consideramos que são estas as críticas que ajudarão a OCDE a chegar a uma solução a mais harmoniosa e abrangente possível.

Por outro lado, entendemos que o maior problema que pode surgir na criação de novos conceitos poderá passar pela incompatibilidade parcial dos novos conceitos com o sistema existente. Uma parte das críticas passa, precisamente, pelo reconhecimento que a OCDE deveria alterar mais o sistema existente de forma a abarcar os novos conceitos e as novas realidades. Entendemos, porém, que tal operação seria demasiado difícil para obter consenso na arena mundial, porém entendemos que é aí que reside a possível razão de descontentamento por parte de muitos sujeitos passivos.

Para o efeito, concordamos com as críticas dirigidas às propostas da OCDE que alegam que a dificuldade de criação e implementação dos novos conceitos poderá levar à dupla tributação. De facto, se considerarmos que o objetivo primário do sistema fiscal internacional passava precisamente por eliminar a dupla tributação, entendemos que não será de todo aconselhável voltar a criar este problema – pese embora reconhecemos a

necessidade de prevenção da dupla não tributação. Entendemos que é preciso ter muito cuidado ao implementar medidas novas para garantir a unidade do sistema – para o efeito, a nossa proposta seria criar um artigo na CMOCDE que permitisse aos Estados negociar a forma de tributação das operações e modelos de negócios a operar digitalmente.

Portanto, lentamente, mas certamente, os compromissos serão encontrados e as soluções começarão a ser implementadas no dia-a-dia. Nota a OCDE que, tal trabalho, pese embora exige “alguma reflexão fora dos parâmetros convencionais, além de uma boa dose de ambição e pragmatismo<sup>325</sup>”, não é, de todo, impossível. Exige a colaboração não só dos países-membros da OCDE como dos Estados não membros, audição não só da opinião da comunidade académica e doutrinal, mas também da “comunidade empresarial e (a) comunidade civil, para as ideias dos empresários e demais partes interessadas sejam consideradas”<sup>326</sup>.

Notamos, no entanto, que todo o caminho percorrido até agora ainda não terminou – espera-se a decisão final da OCDE no final de 2020, pelo que podemos seguramente afirmar que o sistema fiscal internacional ainda irá sofrer mudanças e não se pode prever quanto tempo demorará até o sistema adotado voltar a ser estável e inalterável. Por outro lado, tais mudanças acusam cada vez mais problemas de discrepância entre a realidade económico-social atual e o sistema fiscal existente, discrepâncias estas que exigem solução. A solução, independentemente da sua forma ou concretização, irá sempre causar reações positivas, por um lado, e críticas e descontentamento por outro.

Finalizamos a presente tese com as palavras de Ana Paula Dourado – *these are interesting times, times of disorder and trouble*<sup>327</sup> – pois consideramos um privilégio poder viver todas as mudanças em tempo real e acompanhar toda a discussão pública à volta do assunto – discussão esta que está longe de ser apagada. Porém, aguardemos pelos futuros desenvolvimentos no sistema fiscal internacional com interesse, paixão e dedicação – tais que nos moveram a escrever a presente tese.

---

<sup>325</sup> OECD - *Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*, OECD Publishing, Paris, 2013, disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.1787/9789264201248-pt>, acesso em 14 de novembro 2019, pág. 11.

<sup>326</sup> Idem, pág. 11-12.

<sup>327</sup> Ana Paula Dourado - *May You Live In Interesting Times*, Editorial, Intertax, Kluwer Law International, Vol. 44, n.º 1, 2016, pág. 5.

## Bibliografia

AIVAZIAN, Christian – “Exceptions to the General Permanent Establishment Definition for Preparatory or Auxiliary Activities” Lang, Brugger and Plansky Editor, 2011.

ANACOM – “O Comércio Electrónico em Portugal - o Quadro Legal e o Negócio”, 2004, disponível através do seguinte link:

<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=718378>.

ANTÓN, García– “The 21st Century Multilateralism in International Taxation: The Emperor’s New Clothes?”, *World Tax Journal*, Vol. 8 junho 2016, (2016), pág. 147-192.

ARNOLD, Brian J. “Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties.” *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Vol. 57, n.º 10, Outubro, 2003, pág. 476–492.

ARNOLD, Brian J. “Time Thresholds in Tax Treaties.” *Bulletin for International Taxation*, Vol. 62, nº6, junho, 2008, pág. 218-231.

AVI-YONAH, Reuven S., e Haiyan Xu – “Evaluating BEPS”, SSRN Electronic Journal. Vol. 1573, 2016, disponível através do seguinte link <https://doi.org/10.2139/ssrn.2716125> .

BAKER, Philip – “The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting”, *British Tax Review*, n.º 3, 2017, pág. 281-284.

BAL, Alexandra – “Halfway towards Consensus or Chaos? Taxation of the digital economy at the crossroads”, IBFD, 2018.

BERBARI, Aline – “The OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative and the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Vol. 71, nº 10, 2017, pág. 538-543.

BIANCO, João Francisco e Ramon Tomazela Santos - “A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need to Resolve the Source versus Residence Dichotomy.” *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 70, n.º3, 2016.

BLUM, Daniel W. - “Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined.” *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 69, no. 6, 2015, pág. 314-325.

BLUM, Daniel W. – “The Relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements: Multilateralism and the Interpretation of the MLI”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 72, n.º 3, março 2018, pág. 131-140.

BRAUNER, Yariv e Pasquale Pistone - “Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment.” *Bulletin for International Taxation* vol. 72, n.º4a/Special Issue, 2018, disponível através do seguinte link: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-18-981\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-981_en.htm?locale=en) .

CAMPOS, João Mota de – “A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário”, vol I, 1ª parte, Braga Ed. Pax 1980.

CARDONA, Maria Celeste – “O conceito de estabelecimento estável: algumas reflexões em torno deste conceito”, *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Loures Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 171, Lisboa, 1995, pág. 245-277.

CARIDI, Alessandro. “Proposed Changes to the OECD Commentary on Article 5: Part I - the Physical PE Notion.” *European Taxation*, vol. 43, n.º. 1, 2003, pág. 8-19.

CASTRO, Leonardo – “Problems Involving Permanent Establishments: Overview of Relevant Issues in Today’s International Economy”, *The Global Business Law Review*, 2012, pág. 124 - 158

CATARINO, Pedro – “A Erosão do Conceito de Estabelecimento Estável num Contexto de Globalização Económica e Digital”, tese de Mestrado submetida para avaliação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2014

CORREA, Francisco José Nocete - “The Spanish Digital Services Tax: A Paradigm for the Base Enlargement & Profit Attraction (BEPA) Plan for the Digitalized Economy”, *European Taxation*, julho, 2019, pág. 341–349.

COURINHA, Gustavo Lopes – “Interpretação e aplicação das convenções de dupla tributação – evoluções recentes”, *Estudos de Direito Fiscal Internacional*, AAFDL, 2015, pág. 2-25



COURINHA, Gustavo Lopes – “Tributação Direta Das Pessoas Colectivas No Comércio Electronico – Questões de Residência e Fonte”, *Estudos de Direito Fiscal Internacional*, AAFDL, 2015, pág. 117-162.

CUI, Wei – “The Digital Services Tax: A Conceptual Defense”, *Tax Law Review*, Forthcoming, abril 2019, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3273641](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273641)

CUI, Wei e Nigar Hashimzade – “The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent”, CESifo Working Paper Series No. 7737, janeiro 2019, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3321393](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3321393)

DALE, Pinto – “The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 60, n.º 7, 2006, pág. 266- 279.

DORNELLES, Francisco Neves – “A Dupla Tributação Internacional da Renda”, Rio de Janeiro, Fgv, 1979.

DUARTE, Maria Luisa - “União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária”, Almedina, 2017, 4ª Reimpressão

DHULDHOYA, Vishesh - “The Future of the Permanent Establishment Concept. The BEPS Action Plan and Other Recent Trends” *Bulletin for International taxation*, IBFD, vol. 72, no. 4, 2018.

DOERNBERG, Richard e Luc Hineekens - “Electronic Commerce and International Taxation”, Kluwer, 1999

DOURADO, Ana Paula – “Direito Fiscal. Lições”, Edições Almedina, 2017, 2ª Edição.

DOURADO, Ana Paula – “Governança Fiscal Global”, Edições Almedina, 2018, 2ª Edição Revista e Atualizada

DOURADO, Ana Paula – “May You Live In Interesting Times”, Editorial, *Intertax*, Kluwer Law International, Vol. 44, n.º 1, 2016, p.2-5,

DOURADO, Ana Paula – “Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Direta”, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010

DOURADO, Ana Paula - “The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution.”, Editorial, *Intertax*, vol. 48, nº.1, Kluwer Law International, 2020, pág. 3–8.

ENZWEILER, Romano José – “Os Desafios de Tributar na Era da Globalização”, Diploma Legal, 2000

FINLEY, Ryan - “Africa Must Go Beyond OECD’s Digital Economy Proposals,” *Tax Notes International*, fevereiro, nº3, 2020, p. 582

FOX, William F. – “International Commercial Agreements and Electronic Commerce”, Wolters Kluwer, 5ª Edição, 2013.

FRANCO, Fábio Teixeira – “O Conceito de Estabelecimento Estável no comércio electrónico”, tese de Mestrado submetida para avaliação final na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2011.

GÁRATE Cristian – “The Fixed Place of Business in the Context of Electronic Commerce”, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jürgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 41-73.

GARBARINO, Carlo. “Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution.” *Intertax* vol. 47, nº.4, Kluwer Law International, 2019, pág. 365-381.

GIDDENS Anthony – “The Consequences of Modernity” Polity Press, Cambridge, 1991.

GRAETZ Michael e Alvin Warren – “Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe”, *Yale Law Journal*, Vol. 115, abril 2006, pág. 1186-1255, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=884428](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=884428).

GOUDAR Santhie– “Simplicity in Digital Economy Solution May Cause Harm”, *Tax Notes International*, janeiro n.º 20, 2020, pág. 336-337.

GUPTA, Vidushi – “How Unified Is the OECD’s Unified Approach?”, *Tax Notes International*, dezembro, nº 23, 2019, pág. 1143 – 1146.

HARPAZ, Assaf – “The OECD Unified Approach: Nexus, Scope, and Coexisting With DSTs”, *Tax Notes International*, dezembro, n.º 9, 2019, pág. 909-913.

HERZFELD, Mindy “Want a Pillar 2 Exemption? Get in Line,” *Tax Notes International*, fevereiro n.º 3, 2020, pág. 468–73.

HERZFELD, Mindy – “The OECD Project That Shall Not Be Named”, *Tax Notes International*, março , n.º 2, 2020, pág. 945 - 950.

HELLERSTEIN Walter – “Reflections on the Cross-Border Tax Challenges Of The Digital Economy”, *Tax Notes International*, novembro, n.º 25, 2019, pág. 615 – 640.

HONGLER, Peter e Pasquale Pistone – “Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy”, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015-15, disponível através do seguinte link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2591829](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591829) .

HURK, Hans Van Den - “Tax Planning, Ethics and Our New World,” *Bulletin for International Taxation*, IBFD, fevereiro 2018, pág. 122–128.

JESTIN, Kevin – “Harmful Mutual Legal Assistance In Tax Matters Recent Trends and Challenge Ahead”, 2008, disponível através do seguinte link: <http://visar.csustan.edu/aaba/Jestin2008.pdf>.

JOHNSTON, Stephanie Soong – “OECD Digital Tax Work a Priority For United States, Mnuchin Says”, *Tax Notes International*, fevereiro, n.º13, pág. 810- 811.

KRISTEN Sabine – “Equal Treatment of Permanent Establishments and Subsidiaries?”, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 323-350.

KOFLER, Georg e Julia Sinnig, “Equalization Taxes and the EU’s ‘Digital Services Tax,” *Intertax*, Vol. 47(2) 176, 2019, pág. 176-200.

LEITÃO, Luís Menezes – “O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento”, *Estudos de Direito Fiscal*, Vol. II, Almedina Edições, 2007, pág. 137-150.

LAMER, Elodie – “EU to Give Scattered Response To Digital Tax”, *Tax Notes International*, janeiro, n.º27, 2020, pág. 486-487.

LARKING, Barry – “OECD Buried Under Avalanche of Pillar 1 Tax Reform Comments”, *Tax Notes International*, janeiro, n.º. 13, 2020, pág. 153-170

LEWICKI, Tomasz - “A Construction Consortium as a Permanent Establishment from an International Tax Law Perspective: Inconsistencies and Deficiencies in Article 5 (3) of the OECD Model and Commentary.” *Bulletin for International Taxation*, janeiro, 2012, pág. 39-46.

MAYER, René – “Subsidiary as a Permanent Establishment (Art 5 (7) OECD-MC)”, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 161-180.

MAZANSKY Ernest – “South African Tax court Departs from Commentary on Article 5 of the OECD Model in Finding a Permanent Establishment”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 69, n.º 9, 2015, pág. 494-496.

MCLUHAN, Marshall – “The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man”, University of Toronto Press, 1962

MINOR, Rick - “European Parliament Weighs In on OECD Digital Work Program” *Tax Notes International*, janeiro, n.º 13, 2020, pág. 181–185.

MONSENEGO, Jérôme – “The Construction PE and Temporary Interruptions: Questions Based on a Swedish Case”, *Tax Notes International*, novembro, n.º 4, 2019, pág. 415-420.

PARADA, Leopoldo – “The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis”, *Tax Notes International*, dezembro, n.º 16, 2019, pág. 983 – 989.

PAPOTTI, Raul-Angelo, and Martha Caziero - “Analyzing the Italian Digital Services Tax Through European Glasses,” *Tax Notes International*, novembro, n.º 4, 2020, pág. 421–427.

PEIREIRA, Paula Rosado – “O papel de estabelecimento estável no direito fiscal internacional”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 571 – 586.

PEREIRA, Paula Rosado – “Princípios do direito fiscal internacional: do paradigma clássico ao direito fiscal europeu”, Almedina, Coimbra, 2010.

PESHORI, Prerna K. “Is the OECD’s Unified Approach Proposal A Step in the Right Direction?,” *Tax Notes International*, dezembro, n.º 9, 2020, pág. 905-908.

PETTERSON, Constanze – “Building Sites, Construction, Installation and Assembly Projects”, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jürgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 75-98.

PIJL, Hans – “The Relationship between Article 5, Paragraphs 1 and 3 of the OECD Model Convention”, *Intertax*, Vol. 33, nº 4, Kluwer Law International, 2005, pág. 189 – 193.

PIRES, Rita Calçada – “Manual de Direito Internacional Fiscal”, Edições Almedina, Reimpressão, abril 2018.

PIRES, Rita Calçada – “Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do comércio Electrónico, Desvendar mitos e construir realidades”, Edições Almedina, 2013.

PIRES, Rita Calçada – “Uncovering a brave new world on taxation: income from digital economy “ *International Taxation: New Challenges*, Universidade de Minho, Faculdade de Direito, sob coordenação académica de João Sérgio Ribeiro, 2017.

PLEIJSIER Artur - “The Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status: A Reaction to the BEPS Action 7 Final Report”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, nº 6, Nov-Dec. 2016, pág. 442-226.

PONOMAREVA, Karina. “Comparison of Proposals to Adjust the Permanent Establishment Concept to the Digital Economy “, vol. 73, n.º 11, 2019.

RAAD, Keen van – “Construction Project PE In the Netherlands and Taxation of Employment Income Borne by a PE”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Vol. 53, n.º 8/9, 1999, pág. 321-325.

REALE Miguel – “Teoria do direito e do Estado”, Edição São Paulo, 1969, 2ª Edição.

REIMER, Ekkehart – “Article 5, Permanent Establishment”, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Vol 2, 4ª Edição, Ekkehart Reimer & Alexander Rust (eds.), Kluwer Law International, 2015, pág. 293-407.

RESCH Richard Xenophon – “The Taxation of Profits Without a Permanent Establishment”, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, ed. Hans-Jürgen Aigner e Mario Züger eds., 2003, pág. 475–500.

- RIBEIRO João Sérgio – “Direito Fiscal da União Europeia”, Almedina Editora, 2019
- RUBIM, Fernanda A. – “Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, nº 6, maio 2012.
- SAFRO, Nana Ama – “Pillar 1 Carveout Chaos”, *Tax Notes International*, janeiro, nº 13, 2020, pág. 130-134.
- SANTOS, António Carlos dos e Cidália Mota Lopes – “Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment”, *EC Tax Review*, n.º 5-6, Kluwer Law International, 2016.
- SAPIRIE, Marie. “Permanent Establishment and the Digital Economy” *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, no. 4, 2018.
- SASSEVILLE, Jacques e Arvid Skaar – “General Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, Vol. 94a, IFA, 2009, pág. 17-63.
- SCHAFFNER, Jean – “The Territorial Link as a Condition to Create a Permanent Establishment”, *Intertax*, Vol. 41, n.º 12, Kluwer Law International, 2013, pág. 638 – 651.
- SCHON, Wolfgang. “Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy.” *Bulletin for International Taxation*, abril/maio de 2018, pág. 278-292.
- SCHMIDT, Peter – “The Creation of a Permanent Establishment Through the Use of Subcontracting: A New Danish Rulings Adds to the Discussion”, *Intertax*, vol. 46, n.º 2, pág. 172-176.
- SEITZ Georg – “The Construction Clause in Article 5(3) of the OECD Model”, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, vol. 67, n.º 9, 2013, pág. 450-459.
- SERRÃO Miguel – “Is there a permanent establishment?”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 94a, International Fiscal Association, 2009 Vancouver Congress, Off-print.
- SHEPPARD, Lee A. – “Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes.” *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, no. 4/a Special Issue, 2018: pág. 4–9.

SKAAR, Arvid – “Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce”, *Intertax*, Vol. 28, n° 5, Kluwer Law International, 2000, p. 188 – 194.

SKAAR Arvid – “Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle”, Kluwer Law, 1991.

SILVA, Bruno da – “From the AOA to the new article 7: the attribution of profits to PEs under the OECD MTC”, *Fiscalidade*, 2013, pág. 45-77.

SPINOSA, Lisa e Chand, Vikram – “A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?”, *Intertax*, Vol. 46, n.º 6 & 7, Kluwer Law International, 2018, pág. 476-494.

STARKOV, Vladimir e Wang, Oceana – “What Is The Value of Users, Anyway? How to Value The User Contribution to Digital Enterprises” *Tax Notes International*, janeiro, n° 20, 2020, pág. 283 – 295.

STEGER Manfred – “Globalization. A Very Short Introduction”, Oxford University Press, 2003

SULLIVAN, Martin A. - “A Simple Explanation of the Sophisticated Case for Digital Taxes” *Tax Notes International*, fevereiro, n° 3, 2020, pág. 473–476.

SZUDOCZKY, Rita, and Balázs Károlyi - “The Troubled Story of the Hungarian Advertisement Tax: How (Not) to Design a Progressive Turnover Tax.” *Intertax*, vol. 48, n.º 1, Kluwer Law International, 2020, pág. 46–66.

USLU, Yasin - “An Analysis of ‘Google Taxes’ in the Context of Action 7 of the OECD / G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative” *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, n°. 4/a Special Issue, 2018.

VALENTE, Piergiorgio. “Digital Revolution . Tax Revolution?” *Bulletin for International Taxation*, vol.72, n°. 4, 2018, pág. 1–7.

VALENTE, Piergiorgio – “BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument”, *Intertax*, Volume 45, Issue 3, Kluwer Law International BV, 2017, pág. 219-228.

VOGEL, Klaus – “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: a commentary to the OECD-UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation of income

and capital with particular reference to German Treaty Practice”, Kluwer Law International, 4ª Edição, 2015

WAGENAAR, Leonard. “The Effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries.” *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 2, 2015, pág. 84 - 92.

WILDE, Maarten Floris de - “On the OECD’s ‘Unified Approach’ as Frankenstein’s Monster and a Dented Shape Sorter.” *Intertax*, vol. 48, n.º 1, Kluwer Tax International, 2020, pág. 9–13.

WILDE, Maarten Floris de – “Sharing the Pie – Taxing Multinationals in a Global Market” 2015, disponível através dos seguintes links: <https://ssrn.com/abstract=2564181> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2564181>

WILDE, Maarten Floris de –” Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?” *Intertax*, Vol.45, n.º 8 e 9, Kluwer Law International, 2017, p. 556-566.

WILLE, Hans Georg - “The OECD’s “Unified Approach”: Should Priority Be Given to Pillar Two?”, *International Tax Notes*, dezembro, nº16, 2019, pág. 1019 – 1146.

XAVIER, Alberto – “Direito Tributário Internacional (Colab. Clotilde Celorico palma e Leonor Xavier)”, Edições Almedina, 2009, 2ª Edição Atualizada, Reimpressão.

ZUCMAN, Gabriel – “The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens”, University of Chicago Press, 2015.

### **Documentos OCDE:**

OECD – “Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros”, OECD Publishing, Paris, 2013, disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.1787/9789264201248-pt>

OCDE – “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, OECD Publishing, Paris, disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>

OCDE – “Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017”



OCDE - “Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting”, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

OCDE - “Report on the Attribution of Income to Permanent Establishments” – OCDE 2008, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/37861293.pdf>

OCDE – “Revised Discussion Draft of a New Article 7 of the OECD Model Tax Conventions” Centre For Tax Policy and Administration, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/44104593.pdf>

OCDE - “Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7” 2018, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-BEPS-action-7.pdf>

OCDE – “ Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, OECD Publishing, Paris, 2018, disponível através do seguinte link: <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>

OCDE – “Public Consultation document Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One”, disponível através do seguinte link: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>

OCDE – “Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, disponível através do seguinte link: <http://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>

### **Legislação consultada *online***

O Decreto do Presidente da República n.º 70/2019, de 14 de novembro, disponível através do seguinte link: <https://dre.pt/application/conteudo/126132116>

Proposal for a Council Directive on the Common System of a Digital Services Tax on Revenues Resulting from the Provision of Certain Digital Services, 21 March 2018, COM(2018) 148 final, disponível através do seguinte link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A148%3AFIN>

Proposal for a Council Directive Laying down Rules Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence, 21 March 2018, COM(2018) 147 final, disponível através do seguinte link:

[https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/proposal\\_significant\\_digital\\_presence\\_21032018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_significant_digital_presence_21032018_en.pdf)

Resolução da Assembleia da República n.º 225/2019 de 14 de novembro, disponível através do seguinte link: <https://dre.pt/application/conteudo/126132118>.